

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXI - BOGOTA, COLOMBIA. - ENERO Y FEBRERO DE 1952. - NUMEROS 2110 - 2111

S A L A P L E N A

SE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR AUGUSTO N. SAMPER

“La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en pleno, considerando:

1º—Que el día catorce del mes en curso dejó de existir en esta ciudad el distinguido jurisconsulto Dr. AUGUSTO N. SAMPER;

2º—Que el Dr. SAMPER ocupó destacadas posiciones dentro de la rama jurisdiccional del Poder Público, y desempeñó con brillo e inteligencia el cargo de Magistrado de esta alta Corporación, de la que fue su Presidente; y

3º—Que en el ejercicio de sus actividades públicas y especialmente en las de la Magistratura, el Dr. Samper puso al servicio de la Justicia y del Derecho el múltiple acervo de sus conoci-

mientos, así como la aquilatada probidad de su espíritu,

RESUELVE:

Deplorar sinceramente la infausta desaparición del Dr. AUGUSTO N. SAMPER como una pérdida irreparable para la Justicia, y se asocia al duelo que hoy aflige a sus familiares.

En nota de estilo, comuníquese a los familiares del extinto y publíquese en la GACETA JUDICIAL”.

NOTA.—La anterior resolución fue aprobada en la sesión del día 17 de enero de 1952.

El Relator.



DEMANDA DE NULIDAD DE LA ELECCION DE MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES SECCIONALES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1—La ley no ha erigido en causal de nulidad de los nombramientos o elecciones que hacen las entidades o funcionarios públicos, el hecho de que se hayan efectuado por quienes puedan tener una investidura irregular. Por tanto, sus actuaciones son válidas, aun cuando con posterioridad se anule el precepto que creó el cargo o el acto por medio del cual se proveyó, siempre que se hayan realizado según las normas legales y dentro de los límites de la competencia que les ha sido atribuida. La seguridad y firmeza de la función administrativa, se opone a que su validez pueda estar subordinada a la de la investidura en razón de la cual pudo aquélla realizarse.

2—Ninguna razón de orden legal, ni consideración alguna práctica, existe para sostener que la elección de los Magistrados para los Tribunales Administrativos debe hacerse votando por los cuarenta y cinco miembros que integran su personal en toda la República, en vez de hacer la elección para cada entidad en número de tres Magistrados que es lo que por ley les corresponde.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, febrero doce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

El doctor Gilberto Moreno, por libelo de fecha treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta, demanda la nulidad de la elección de Magistrados de lo Contencioso Administrativo en los quince Departamentos del País, realizada por el H. Consejo de Estado, con fecha diez y ocho del mismo mes y año, y en subsidio, pide la rectificación en los escrutinios correspondientes.

Dos son los motivos alegados para solicitar la declaración impetrada: el primero consiste en que en el acto de la elección intervinieron los Magistrados Manuel Dangónd Daza, Pedro Alejo

Rodríguez, Eduardo Piñeros y Piñeros y José Urbano Múnera, quienes no reúnen —dice el demandante— “o al menos los tres últimamente nombrados”, la calidad de Consejeros de Estado; el segundo lo hace depender de no haberse aplicado en el acto electoral, las disposiciones constitucionales y legales que consagran el sistema del cuociente electoral.

Textualmente expresa:

“De conformidad con los artículos 136 y a) transitorio de la Constitución compete al Congreso por medio de ley establecer la composición orgánica del Consejo de Estado, y la Ley 167 de 1941, en su artículo 2º dispuso que la Corporación se compondría de siete miembros elegidos en la forma que dicho estatuto determinó en otras de sus disposiciones. Hasta ahora el Congreso Nacional no ha expedido ninguna Ley que modifique el texto últimamente citado, de suerte que la composición del Consejo es la de siete miembros; y de ahí que los señores Pedro Alejo Rodríguez, Eduardo Piñeros y Piñeros, José Urbano Múnera y Dangónd Daza no tengan el carácter de Consejeros de Estado pues su nombramiento se hizo con fundamento en un Decreto del Ejecutivo que no es eficaz jurídicamente para aumentar el número de Consejeros previsto por la ley 167 de 1941”.

“El artículo 172 de la Constitución y la ley 39 de 1946 fueron violados porque no se aplicó el sistema del cuociente electoral sobre la totalidad de los cuarenta y cinco Magistrados que debían elegirse o al menos sobre los quince Tribunales considerados unilateralmente; y además porque las listas que sirvieron de base a la elección no se ajustaron a las prescripciones de la Ley del cuociente; y porque los escrutinios tampoco se sometieron a dichas leyes”.

Fundamentos de la acción incoada

Como disposiciones violadas, se señalaron las siguientes: Constitución Nacional, artículos 136, 172 y artículo a) transitorio del Acto Legislativo número 1º de 1945:

Ley 167 de 1941, en sus artículos 2 y 204 y sus concordantes;

Ley 39 de 1946 y demás disposiciones reguladoras del cuociente electoral.

La competencia de la Corte en Sala Plena, está señalada expresamente por el artículo 190 del C. de lo Contencioso Administrativo.

Admitida la demanda, se ordenó fijar en lista el negocio, por el término legal, y en el mismo auto en que se acogió aquélla, se dispuso abrir a prueba el juicio y correr traslado al señor Procurador General de la Nación.

El concepto de la Procuraduría

El señor Procurador, después de estudiar los fundamentos de la acción, entre los cuales señala el de que en la elección demandada intervinieron cuatro ciudadanos que no reúnen, o a lo menos tres de ellos, la calidad de Consejeros de Estado, y el no haberse tenido en cuenta en la elección, los preceptos sobre cuociente electoral, dice lo siguiente:

a) En relación con el primer motivo de nulidad propuesto:

"....Conceptúa el Procurador General que mientras la H. Corte no declare inexecutable aquel Decreto Legislativo, es su deber dentro de este juicio considerarlo vigente y obligatorio. No cree el Procurador que la regla establecida en el artículo 215 de la Codificación Constitucional según la que "en todo caso de incompatibilidad de la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales", deba intervenir en este negocio porque aquí no se trata de aplicar el Decreto Legislativo que creó plazas en el Consejo de Estado o la disposición transitoria de la Constitución de 1945 según la cual el Consejo de Estado continuaría funcionando "en la forma actual". Tanto el Consejo de Estado al practicar las elecciones y escrutinios de Magistrados de lo Contencioso Administrativo, como la H. Corte al adelantar y fallar este juicio de nulidad tiene que aplicar las disposiciones constitucionales y legales que rigen la elección de Magistrados de lo Contencioso Administrativo y el juicio de nulidad correspondiente. No las que rigen la formación misma del Consejo de Estado.

"Cree el Procurador no equivocarse al recordar, para que surta efectos en este juicio, que el Código Judicial después de establecer en su artículo 448 que es causa de nulidad en todos los juicios la incompetencia de jurisdicción, dispone en el artículo 449 que tal nulidad no puede alegarse

"si tiene por fundamento haberse nombrado para el empleo a un individuo que no podía ser elegido". Esto quiere decir que mientras no se declare la nulidad de la designación hecha en virtud del Decreto Legislativo mencionado, o la inexecutable de tal Decreto, está prohibido alegar incompetencia de jurisdicción del Consejo de Estado, no sólo para elegir Magistrados de los Tribunales Administrativos, sino para el conocimiento de cualquiera de los negocios que le competen".

b) Con respecto al segundo motivo de nulidad alegado, conceptúa lo siguiente:

"Aparece del acta de elecciones y escrutinios acompañada a la demanda que la elección se hizo Tribunal por Tribunal y que para cada elección se inscribió una lista sin denominación política y otra liberal, con el resultado uniforme de nueve votos para la primera y uno para la segunda. "Hechas las respectivas operaciones aritméticas", la Sala Plena del Consejo de Estado declaró electos a los tres candidatos de la lista que en cada elección obtuvo nueve votos y dejó sin representación a la lista que obtuvo un solo voto, que fue siempre el del Magistrado doctor Hernández Rodríguez".

"Como es bien sabido, el sistema del cuociente electoral, obligatorio para las elecciones que efectúan las corporaciones públicas consiste esencialmente en dividir el número de votos por el de personas que se trata de elegir; obtenido este cuociente, a cada lista inscrita con anterioridad a la elección, se adjudicarán tantos puestos cuantas veces quepa el cuociente en el número de votos emitidos por cada lista. Nuestra legislación prevé cómo debe procederse cuando hay listas que no alcancen al medio cuociente y cuando hay residuo.

"Si se recuerda que el sistema legal obedece al precepto de la Constitución que hace obligatoria la representación proporcional de los partidos políticos, surge inmediatamente la consideración de que ha de ser bien distinto el método que haya de practicarse cuando se trata de elecciones populares en que entran en lucha los partidos para conquistar posiciones políticas, del que haya de emplearse cuando se trata de elecciones o nombramientos que efectúen corporaciones administrativas y judiciales, que por su obligación de vivir alejadas de las pasiones partidistas, deben proceder con criterio ajeno al natural en la lucha candente de los debates políticos.

".....

"Ni la ley, ni los decretos reglamentarios, ni sentencias del H. Consejo de Estado de que el Procurador tenga conocimiento, han establecido que cuando las corporaciones públicas deban elegir tribunales distritales o jueces de circuito, hayan de considerar la elección de los distintos tribunales como una sola o la elección de los jueces de circuito como una sola también. Lo cual permite afirmar que el H. Consejo de Estado al aplicar el cuociente no al total de los Tribunales sino a cada Tribunal separadamente, no procedió contra la ley ni contra los decretos reglamentarios, ni contra la jurisprudencia, ni contra lo practicado hasta ahora por las corporaciones mencionadas".

Consideraciones de la Corte

El Consejo de Estado, según aparece de la copia de la respectiva acta de escrutinios, se reunió para la elección de tales funcionarios de la justicia contencioso-administrativa, el día diez y ocho de julio de mil novecientos cincuenta, a las tres de la tarde, con asistencia de un personal de diez Consejeros.

Abierta la votación, se dispuso elegir Tribunal por Tribunal, considerando como una unidad electoral cada uno de los quince departamentos, previo el acuerdo realizado al efecto de establecer en lo posible la paridad en la elección, votando mediante designación a la suerte, por siete tribunales de mayoría de un partido y por siete de mayoría de otro de los que tienen representación en el Consejo. En el décimo quinto Departamento, la mayoría se sacó a la suerte.

La elección se verificó de la siguiente manera: dos miembros del Consejo presentaron una lista de tres individuos, y el Consejero de Estado doctor Guillermo Hernández Rodríguez, otra lista con un solo nombre. Hecho el escrutinio, la lista primeramente indicada obtuvo nueve (9) votos, y la del doctor Hernández Rodríguez un (1) voto. Efectuadas luego las respectivas operaciones aritméticas, los escrutadores declararon que habían sido elegidos como Magistrados del respectivo Departamento, las personas consignadas en la papeleta de tres nombres y excluido, por consiguiente, el candidato inscrito por el doctor Hernández Rodríguez. Puesto en conocimiento del Consejo el resultado del escrutinio, fueron declarados electos por mayoría de nueve votos, los respectivos Magistrados de los quince Departamentos.

Por dos aspectos fundamentales considera el demandante que hubo violación de la Constitución y Leyes en la elección de Magistrados para los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, a saber: porque en el acto de la elección intervinieron personas que, según el demandante, no tenían la investidura de Consejeros de Estado; y porque se hizo la elección de Tribunal por Tribunal, en vez de haberse hecho conjuntamente la de los cuarenta y cinco Magistrados que corresponden a los quince Tribunales seccionales del país.

Es el caso de estudiar, a la luz de las disposiciones vigentes, estas dos cuestiones y decidir de acuerdo con los resultados de su análisis.

Capítulo I

Por lo que respecta al primer motivo de nulidad que se invoca, o sea el de la situación creada con el Decreto que aumentó el personal del Consejo de Estado y el que proveyó los correspondientes nombramientos, considera la Corte que, no siendo el objeto de esta controversia resolver sobre la regularidad de las normas en virtud de las cuales se realizaron dichos actos, como tampoco apreciar su inaplicabilidad frente a las disposiciones de la Carta, el expresado motivo no puede tener incidencia alguna sobre la validez o ineficacia de las elecciones demandadas.

La ley no ha erigido en causal de nulidad de los nombramientos o elecciones que hacen las entidades o funcionarios públicos, el hecho de que se hayan efectuado por quienes puedan tener una investidura irregular. Por tanto, sus actuaciones son válidas, aun cuando con posterioridad se anule el precepto que creó el cargo, o el acto por medio del cual se proveyó, siempre que se hayan realizado según las normas legales y dentro de los límites de la competencia que les ha sido atribuída. La seguridad y firmeza de la función administrativa se opone a que su validez pueda estar subordinada a la de la investidura en razón de la cual pudo aquélla realizarse.

De manera que, para decidir sobre la nulidad de las elecciones demandadas, no cabe la calificación de la constitucionalidad del decreto en referencia, ya que, aún supuesta la ineficacia de tal ordenamiento, ello no viciaría la elección realizada dentro de la competencia atribuída al Consejo de Estado.

En el presente asunto, lo que corresponde es el estudio del problema, en presencia de las dis-

posiciones que establecen las nulidades en materia electoral.

Capítulo II

En cuanto al segundo argumento, es decir, el que se refiere a la elección en bloque de los cuarenta y cinco Magistrados correspondientes a los quince Tribunales seccionales de lo Contencioso Administrativo del País, la Corte, muy al contrario de encontrar fundados en ley tales razonamientos, considera que la única forma de asegurar los altos fines sobre representación proporcional de los partidos, exigida por el artículo 172 de la Carta, es haciendo la elección por separado, la de cada entidad, con aplicación del cociente electoral en cada una de ellas.

En efecto, ¿cómo podría asegurarse la representación proporcional de los partidos, para el caso, si se votase por los cuarenta y cinco Magistrados en un solo acto? Cada Tribunal es una entidad autónoma, con funciones y radio de acción determinados en la ley, y en esa clase de corporaciones, es donde se exige que los partidos estén representados proporcionalmente y por eso, el legislador estableció el sistema del cociente electoral que ha considerado el medio más eficiente para alcanzar tales fines.

Aceptar la tesis del demandante, equivaldría a sostener que la aplicación de las leyes sobre el cociente electoral, en el caso, digamos de las Asambleas Departamentales, debería hacerse tomando el total de diputados por elegir para toda la República, en vez de buscar esa representación para cada corporación en el respectivo Departamento.

Los Departamentos son entidades políticas subordinadas, pero con cierta independencia, con problemas específicos, con territorio determinado y donde actúan Tribunales Administrativos de origen nacional, pero a los cuales corresponde un conjunto de funciones en íntima relación con la vida departamental. De modo que tales Tribunales, integrados por tres Magistrados, tienen que constituirse reflejando dentro de los principios democráticos de nuestra Constitución, las opiniones predominantes de los partidos en la respectiva circunscripción, que para el caso es la entidad llamada Departamento.

Así lo establecen, con respecto a la elección de ternas para Notarios, los artículos 3º y 4º de la ley 46 de 1936, cuando dicen:

“Artículo 3º—En la elección de ternas que de-

ban presentarse por las corporaciones públicas para cualquier nombramiento, se observarán las reglas siguientes:

“Cuando se trate de formar una o dos ternas, se hará la elección de cada una, votando por el número de nombres que deban integrarla, por el sistema del cociente.

“Cuando se trate de elegir más de dos ternas, se empleará el mismo sistema, pero la votación no se hará por nombres aislados sino por ternas completas, tanto para principales como para suplentes, las cuales serán personales”.

“Artículo 4º—La elección de ternas para Notarios y Registradores se hará separadamente para cada Circuito Notarial o de Registro, por el procedimiento indicado en el artículo anterior”.

Ninguna razón de orden legal, ni consideración alguna práctica, existe para sostener que la elección de los Magistrados para los Tribunales, debe hacerse votando por los cuarenta y cinco miembros que integran su personal en toda la República, en vez de hacer la elección para cada entidad en número de tres Magistrados, que es lo que por ley les corresponde. No es, pues, el caso de declarar la nulidad demandada, porque la elección no podía hacerse en un solo acto por el total de miembros que integran los quince Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo en el País, y porque hecha la elección de Tribunal por Tribunal, el cómputo de votos se realizó conforme a las reglas del cociente electoral, como se verá al examinarse de nuevo el escrutinio, con ocasión de la rectificación que de él se ha pedido, como cuestión subsidiaria.

Capítulo III

Hecho el estudio de las causales de nulidad alegadas como cuestión principal, y no siendo el caso de acceder a lo allí propuesto, por las razones dichas, resta verificar la rectificación de los escrutinios, demandada como cuestión subsidiaria (art. 207, ley 167 de 1941).

La Ley 34 de 1946, en su artículo 1º, dice así:

“En toda elección popular y en las que deban hacer las corporaciones públicas, cuando se trate de elegir más de dos ciudadanos, se empleará el sistema del cociente electoral en la forma siguiente:

“El total de votos válidos obtenidos en la Circunscripción Electoral o en la corporación pública que hace la elección, se divide por el número

de individuos que deban elegirse y el resultado es el cuociente electoral. Las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente, se excluirán del escrutinio, pero sus votos se acumularán a la del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número, aun cuando hayan sido inscritas con distintos calificativos.

"Cumplida la acumulación, cada una de las listas tendrá derecho a tantos puestos cuantas veces cupiese el cuociente en el total de sus votos, y si hecha la adjudicación respectiva, quedaren uno o más puestos por proveer, entonces se adjudicarán los residuos en orden descendente, previa la acumulación al mayor de los pertenecientes a las listas del mismo partido.

"En la adjudicación de los puestos que correspondan a cada lista, se entenderá el orden de colocación de los nombres que en ella figuren, y que cuando se trate de elección popular debe ser el mismo, de la regularmente inscrita. En todo empate decidirá la suerte".

Según el artículo 204 de la ley 167 de 1941, es nula toda elección, ya se haga popularmente, o por una corporación pública, "cuando los votos emitidos en ella se computen con violación del sistema electoral adoptado por la ley", y en el caso que se estudia, el escrutinio se ha hecho de acuerdo con el cuociente electoral, tal como está adoptado en la memorada ley 39.

Esto sentado, es el caso de examinar cómo se llevó a cabo la elección demandada.

Del acta de escrutinio consta que se verificó exigiendo los miembros de cada uno de los quince Departamentos en que se encuentra dividida la República, considerando cada una de las entidades seccionales cuyo Tribunal Administrativo se iba a elegir, como una unidad electoral, practicando para cada una de ellas las reglas expresadas.

En efecto, designados los candidatos y verificada la consignación de votos, se obtuvo el siguiente resultado:

Por una lista9 votos

Por la otra1 voto, inscrita por el doctor Hernández Rodríguez.

Total: 10 votos, igual al número de electores.

Para tomar el cuociente, se divide el número de votantes por el número de individuos por elegir y el resultado es el cuociente electoral.

En tales condiciones, la lista de tres candidatos por la cual votaron nueve Consejeros, obtiene el total.

La lista de un voto no pudo entrar al escrutinio, porque no obtuvo número de votos siquiera igual a la mitad del cuociente.

Se declara, pues, que el escrutinio fue legalmente hecho.

Sentencia:

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, y por mandato del artículo 190 de la ley 167 de 1941, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NIEGA las peticiones de la demanda a que la presente sentencia se refiere.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Manuel José Vargas—Gerardo Arias Mejía—
Alfonso Bonilla Gutiérrez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—
Luis Gutiérrez Jiménez—Alberto Holguín Lloreda—Rafael Leiva Charry—Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña—Arturo Silva Rebolledo — Angel Martín Vásquez—Hernando Lizarralde, Secretario.

SE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DR. MARCELIANO PULIDO R.

"LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA registra en el acta de este día su profundo pesar por el fallecimiento del Dr. MARCELIANO PULIDO R., quien con las luces de su inteligencia y su altísima probidad honró por largos años la silla de los Magistrados de Colombia."

rá puesta en manos de los familiares del extinto, y publicada en la GACETA JUDICIAL".

NOTA.—La anterior resolución fue aprobada en la sesión de la Sala Plena de la Corte, del día 14 de febrero de 1952.

Copia de esta proposición en nota de estilo se-

El Relator.

DEPLORA LA CORTE EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR CARLOS LOZANO Y LOZANO

"La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en pleno, y considerando:

Que acaba de fallecer en esta ciudad el Dr. CARLOS LOZANO y LOZANO, eminente hombre público y jurisconsulto muy ilustre del país;

Que en el curso de su meritoria existencia, el Dr. Lozano y Lozano ocupó las más altas posiciones del Estado, y con el brillo de su inteligencia ilustró los más arduos problemas del Foro y de la Magistratura;

Que en el cargo de Conjuez de la Corte Suprema que desempeñaba en los momentos de su muerte, el Dr. Lozano y Lozano puso al servicio de la Jurisprudencia todo el acervo de sus conocimientos jurídicos; y

Que con la muerte del Dr. Lozano y Lozano, la República acaba de perder un hijo eximio y la cultura jurídica nacional a uno de sus más inteligentes orientadores,

RESUELVE:

Primero.—Asociarse al duelo que para le República y en particular para su distinguida familia representa la infausta desaparición del Dr.

Carlos Lozano y Lozano, ilustre Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de Colombia; y

Segundo.—Ofrecer a la memoria del ilustre hombre público una ofrenda floral, e invitar por medio de carteles a sus exequias, a las que la Corte concurrirá en corporación.

Una comisión designada por la Presidencia pondrá en manos de la señora viuda e hija del Dr. Lozano y Lozano y de sus hermanos, copia de esta proposición, en nota de estilo.

Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

(Presentada a la consideración de la H. Corte por los señores Magistrados doctores **Gualberto Rodríguez Peña—Luis Rafael Robles — Francisco Bruno—Manuel José Vargas—Pedro Castillo Pineda—Luis Gutiérrez Jiménez — Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Angel Martín Vázquez y Pablo Emilio Manotas**).

NOTA.—La anterior resolución fue aprobada por la Sala Plena el día 14 de febrero de 1952.

El Relator.

SE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DR. JESUS ANTONIO HOYOS

"La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA lamenta profundamente la desaparición del señor doctor JESUS ANTONIO HOYOS, Magistrado que fue del Tribunal Superior de Medellín y ciudadano distinguido que con inteligencia y rectitud encomiables, prestó grandes servicios a la Nación en destacados y altos cargos de la administración pública.

Copia de esta moción se transcribirá por conducto del señor Presidente del Honorable Tribunal de Medellín a los familiares del Dr. Hoyos y se publicará en la GACETA JUDICIAL".

NOTA.—La anterior resolución fue aprobada en la sesión de la Sala Plena del día 28 de febrero de 1952.

El Relator.

SALA DE CASACION CIVIL

CUANDO EL PRIMER TRABAJO DE PARTICION SE ORDENO REHACERLO, POR HABER SIDO EXTEMPORANEA SU PRESENTACION, PUEDEN PROPONERSE OBJECIONES CONTRA EL SEGUNDO — EL PARTIDOR NO PUEDE DIVIDIR MATERIALMENTE EL INMUEBLE SI DE LA DILIGENCIA DE INVENTARIOS Y AVALUOS O A JUICIO DEL MISMO, APARECE QUE EL INMUEBLE AVALUADO EN CONJUNTO TIENE SECTORES QUE POR SUS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES REPRESENTAN DISTINTO VALOR — LAS REGLAS DEL ARTICULO 1394 DEL CODIGO CIVIL NO SON NORMAS IMPERATIVAS, SINO PRECEPTOS FLEXIBLES QUE HAN DE SERVIR UNICAMENTE PARA GUIAR EL CRITERIO DEL PARTIDOR

1—En casos en que el primer trabajo de partición se ordenó rehacer por estimarlo extemporáneo e inconducente, viene a resultar que el segundo trabajo tiene el carácter, no de partición rehecha, sino de partición original, y por tanto contra él caben objeciones, sin que puedan ser rechazadas AB INITIO.

2—La Corte admite que cuando en la diligencia de inventarios y avalúos o a juicio del partidador, aparece que el inmueble avaluado en conjunto tiene sectores que por sus circunstancias especiales representan distinto valor, el partidador no pueda dividirlo materialmente sin extralimitar sus funciones, pues en tal caso tendría necesidad de asignarle a los diversos lotes los valores correspondientes a su situación o calidad, estableciendo así una nueva tasación y arrojándose las facultades que a los peritos confiere en forma privativa la ley. Pero cuando, por el contrario, en la diligencia de inventarios y avalúos consta que no existen tales diferencias, o así lo aprecia libremente el partidador por haber guardado silencio sobre el particular, los peritos, la Corte considera que entonces no usurpa funciones ni vulnera la ley el partidador que realiza la división material, sino que cumple con una de las finalidades propias de su labor, consistente en evitar la creación o prolongación de comunidades innecesarias.

3—La simple inconformidad de uno o de

varios asignatarios porque no les fueron adjudicados determinados bienes a los cuales aspiraban con algún fundamento, o sencillamente por capricho, no pueden en ninguna ocasión servir de base a una declaración de infracción de reglas legales establecidas como principio orientador para el encargado de realizar una partición.

4—Las reglas del artículo 1394 del Código Civil no son normas imperativas, sino preceptos flexibles que han de servir únicamente para guiar el criterio del partidador, al cual dejan en relativa libertad para dar a los problemas suscitados por situaciones de hecho, soluciones distintas a las prescritas como formulación del deseo del legislador. Podría considerarse que han sido vulneradas las normas, cuando sin razón atendible y contra hechos y circunstancias plenamente establecidos, un partidador se niega a proceder conforme a lo preceptuado en el artículo 1394, y el Tribunal confirma tan disparatado proceder. Si el texto de la disposición legal, inspirado en el propósito de que la partición se haga conforme a cuanto la razón natural indica como conveniente, justo o mejor, no dejara al partidador un amplio margen para separarse de la regla en los casos en que su estricto cumplimiento sea imposible, casi todas las comunidades a título universal quedarían ilíquidas, o serían extinguidas incurriendo en errores y faltas de equidad mayores de las

que el mencionado artículo ha querido evitar.

En ocasiones puede no existir imposibilidad física u obstáculos de hecho insuperables para sujetar a las pautas del texto la solución que requiere el problema planteado al partidor, pero puede ocurrir al mismo tiempo que otras conclusiones resulten más de acuerdo con las conveniencias generales de los interesados y con los dictados de la equidad y la justicia, que son precisamente los que el artículo 1394 ha procurado preservar como norma permanente y primordial. Y es en previsión de situaciones semejantes, que las aludidas reglas contienen expresiones condicionales que implican una recomendación o una mera facultad discrecional otorgada al partidor, para que se sujete a ellas mientras no lo dificulten o hagan imposible las circunstancias concretas del caso particular.

5—Ya ha dicho la Corte que “No es objetable la partición de bienes herenciales por que el partidor no haya determinado la persona a quien se adjudica la hijuela de gastos; en tal caso son los herederos los que deben atender al pago de las deudas, con los valores señalados en la hijuela” (G. J. Tomo 30, pág. 212).

6—Los artículos 484, 485 y 303 del Código Civil exigen la formalidad de la licencia judicial y el remate en pública subasta cuando hay interesados incapaces, pero no prohíben someter a este procedimiento la venta de bienes cuyos dueños sean individuos capaces. Modo de obrar que, además, es pertinente cuando no hay acuerdo entre los herederos para la disposición de los efectos destinados a la hijuela de gastos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

En el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá cursa el juicio de sucesión intestada del señor Tiburcio Aurelio Ortiz, en el cual fueron reconocidos como únicos herederos sus hermanos legítimos María Tulia Ortiz de Díaz y Teodoro Ortiz.

Siguió el juicio la tramitación correspondiente, hasta el 27 de agosto de 1947 en que el doctor Sergio Pabón Peláez presentó un trabajo de partición **ad-valorem** de los bienes, el cual se corrió en traslado a los interesados, y fue objetado por la heredera Tulia Ortiz de Díaz, precisamente por el hecho de haberse verificado la partición **ad-valorem**, y no material, como había sido la voluntad de los únicos copartícipes, expuesta al juez y al partidor.

Dicha objeción se declaró fundada en auto en firme del 6 de noviembre de 1947, que dispuso:

“1—Rehágase el anterior trabajo de partición, por el doctor Sergio Pabón Peláez, con las formalidades legales, asesorándose del ingeniero doctor Arquímedes Torres Homero; 2—Señálase el término de 30 días para verificar la partición conforme fue decretada en el presente juicio de sucesión”.

Como el partidor doctor Pabón Peláez no presentó oportunamente el trabajo, el juzgado en auto de 19 de diciembre de 1947 resolvió nombrar nuevo partidor, y designó como tal al ingeniero Arquímedes Torres Homero, cuyo nombramiento habían venido pidiendo los interesados.

El nuevo partidor presentó el trabajo con fecha 4 de mayo de 1948, que se volvió a correr en traslado, y fue objetado nuevamente por el apoderado de la señora Ortiz de Díaz por varias razones contenidas en el memorial del 20 de mayo de 1948, que se ordenó sustanciar como articulación que fue fallada por el juzgado en providencia del 30 de septiembre de 1948 en que consideró que “no era la oportunidad de hacer objeciones distintas a las expuestas en la primera partición”, y que como la nueva partición era material, aparecía acomodada a lo resuelto en el fallo de las primeras objeciones, y que por tanto era el caso de aprobar la partición y de hacer las declaraciones consiguientes.

Contra este fallo interpuso apelación el apoderado de la señora Ortiz de Díaz.

Sentencia acusada

Concedido el recurso los autos fueron enviados al Tribunal Superior de Bogotá, y sustanciado en legal forma fue fallado en sentencia del 12 de febrero de 1949, en que se confirmó la de primera instancia, sin condenación en costas.

La parte motiva de dicho fallo expone como razones fundamentales las que en seguida se transcriben:

"A términos de lo dispuesto en el artículo 964 del Código de Procedimiento Civil en sus incisos 2, 4 y 5, aplicables a la ocurrencia de autos, se tiene que, presentada la partición y objetada por algún interesado el incidente se sustancia como articulación, el cual se decide en el sentido de que si se encuentra por el juzgador fundada alguna objeción se ordena al partidor que rehaga la cuenta, o si se estiman infundadas tales objeciones, debe impartirse la aprobación

"Por su parte, el artículo 965 de la misma codificación dispone que reformada la partición en los términos ordenados, el juez la aprueba.

"Conforme a las disposiciones en cita que son claras y terminantes, reformada una partición en los términos ordenados por el juez, no vuelve ya en traslado a las partes ni es susceptible de nuevas objeciones, sino que debe ser aprobada judicialmente, porque si el estudio de la partición rehecha no fuere restringido a considerar si se ha cumplido lo ordenado en relación con objeciones que han prosperado, sino que tuviera que versar libremente sobre el cumplimiento de las reglas generales de distribución que rige el artículo 1394 del Código Civil, la secuela de los juicios sucesorios se haría interminable y perdería su objeto el trámite contradictorio y probatorio del incidente de objeciones, establecido para que los interesados reclamen del modo de composición de los lotes consagrado en el numeral 9 del mentado artículo. En otros términos, si como en el caso de autos se ordenó rehacer la partición para que se hiciera en forma material, al presentarse nuevamente el respectivo trabajo, al juez no le queda más que examinar si se habían cumplido las formalidades legales sobre la materia para impartirle su aprobación. De ahí que de una vez se observe por la Sala sentenciadora que al haberse dado por el juez del conocimiento nueva cabida y aceptación a las objeciones presentadas contra la segunda partición material y al haberse ordenado el trámite del incidente, dicho procedimiento y actuación se estima sin valor legal alguno por ir contra norma expresa que sólo lo autoriza por una vez, por lo que no vincula para estudiar a fondo una por una las nuevas objeciones presentadas.

"Lo anterior es así, porque de conformidad con los artículos 964 y 965 del C. J., reformada una partición en los términos ordenados por el juez, éste la aprueba. No exige la ley por lo tanto nuevo traslado, siendo la razón de esto clara: El primer traslado del trabajo de partición tiene por

objeto dar cabida al incidente de objeciones que no se presenta sino una sola vez, respecto de la primera partición. De otra manera, las objeciones a una partición podrían ser indefinidas por cuanto a cada nuevo trabajo podría proponerse la nueva objeción.

"La doctrina de las disposiciones contenidas en los artículos 964 y 965 ha sido unánime en el sentido que se acaba de exponer, y así es como la H. Corte en Sala de Casación Civil en sentencia de fecha 26 de julio de 1939, G. J. Tomo 48, página 423 dice:

"Los artículos 964 y 965 del Código Judicial disponen que de la partición se dé traslado a los coparticipes por un término prudencial, dentro del cual éstos pueden objetarla. Si previo el trámite correspondiente de articulación el juez encuentra fundada alguna objeción, ordena al partidor que rehaga la cuenta, y reformada en los términos indicados, el juez la aprueba.

"Lo anterior significa que el incidente de objeciones no tiene cabida sino cuando el partidor presenta por la primera vez su trabajo. Y que reformada la cuenta por consecuencia de objeciones que tuvieron éxito total o parcialmente, la misión del juez limitase a verificar si la reforma encuadra dentro de las pautas que se le señalaron al partidor en el fallo admisorio de las objeciones. Es pues una mera labor de confrontación entre las disposiciones de dicho fallo y la cuenta rehecha total o parcialmente, según haya sido el alcance de los reparos admitidos. De esta manera todo lo que salga de esta función, cual sería acoger objeciones nuevas, resulta ilegal porque contraría situaciones de derecho creadas...".

Continúa el Tribunal: "Esta doctrina ha sido reiterada en numerosos fallos... En consecuencia de lo expuesto el Magistrado ponente concluye que las nuevas objeciones formuladas a la partición ya debidamente reformada eran inaceptables, ya que al juez a quo correspondía de oficio constatar que ella reuniera los requisitos o formas como fue ordenada rehacer, para impartirle su aprobación. Pero si el Juez del conocimiento surtió la actuación ilegal mencionada, ello no es óbice para el estudio concreto del fallo que se revisa y por medio del cual aprobó la partición nuevamente presentada, en virtud de que, como se dijo, presentada nuevamente la partición el juzgador debe verificar si la reforma encuadra dentro de las pautas que le fueron señaladas al partidor para impartirle su aprobación.

“Y sobre la forma como debía presentarse nuevamente la partición, vale recordar que conforme al auto de 6 de noviembre de 1947 que declaró probadas las objeciones primeramente presentadas a la partición efectuada por el doctor Pabón Peláez, en él se dispuso que la cuenta fuera rehecha haciendo partición material en la forma legal. De suerte, pues, que rehecho el correspondiente trabajo, o sea, el efectuado por el doctor Arquimedes Torres Homero, el juzgador debe limitarse a confrontar si la partición o adjudicación ha sido hecha en la forma **material** ordenada, y si se halla en debida forma, aprobarla.

“Precisamente y en relación a este extremo, el juez del conocimiento afirma en el fallo que se revisa que observando el nuevo trabajo de partición se ha cumplido con lo ordenado y pedido, o sea, que fue hecha la partición materialmente, por lo cual debía aprobarse. De que dedúcese que el juez hizo el respectivo estudio de confrontación de dicha partición para ver si había sido presentada conforme lo ordenado y de ahí que haga la citada afirmación.

“Por su parte, el Magistrado ponente halla ajustada la partición rehecha a la forma como fue ordenada rehacer, o sea, **material**, por lo cual encuentra legal el fallo apelado, toda vez que dicha partición fue presentada haciendo las adjudicaciones en forma material y en las condiciones del artículo 1394 del Código Civil y no es necesario entrar a pormenorizar oficiosamente dichas adjudicaciones por no existir menores.

“En resumen, piensa el suscrito Magistrado sustanciador que las particiones entre interesados capaces, objetadas en tiempo y luego reformadas o rehechas conforme al fallo que decidió esas objeciones oportunamente propuestas, no pueden ser objeto de nuevas objeciones dentro del trámite del juicio sucesorio. Tampoco puede el juzgador arrogarse en tales casos la facultad oficiosa de aprobar o improbar la partición reformada o rehecha, al margen del único incidente de objeciones que permite la ley procesal, porque esa facultad solamente se otorga al juez en caso de que concurren interesados menores de edad. La partición rehecha o reformada en este juicio por el doctor Arquimedes Torres Homero debe ser aprobada, y las cuestiones propuestas o suscitadas dentro del segundo incidente de objeciones solamente pueden debatirse ya por la vía amplia del juicio ordinario y contradictorio, como así lo previenen los artículos 1405, 1410 y concordantes del Código Civil”.

En breve: Estima el Tribunal que como el juez debe aprobar el segundo trabajo de partición si se ha reformado en los términos ordenados al fallar las objeciones formuladas al primer trabajo, y que como en el presente caso el juez dispuso que la primera partición ad valorem fuera sustituida por otra material, y que como el segundo trabajo realizó la partición en esta forma, debía procederse, sin examinar las nuevas objeciones, a aprobar dicho trabajo.

El recurso

Contra el fallo del Tribunal interpuso el recurso de casación el apoderado de la objetante, señora Ortiz de Díaz, el cual debidamente admitido y tramitado se procede a resolver.

En el alegato de casación dice el recurrente que son tres los motivos por los cuales acusa la sentencia, y que pasan a indicarse:

Primer cargo. Dice el apoderado de la señora de Díaz que acusa el fallo del Tribunal “por la primera de las causales de casación del artículo 520 del Código Judicial, por infracción directa de ley sustantiva, puesto que el sentenciador aplicó indebidamente las disposiciones de los artículos 1392, 1394 del Código Civil y 965 del Código Judicial, y no aplicó al caso del pleito las disposiciones de los artículos 1394 reglas 3 y 4, 1398, 2338 regla 2ª, 2340 ordinal 1º, 1374 y 1391 del Código Civil. Agregando que también violó el sentenciador la disposición del artículo 964 ordinal 5º por no aplicación al caso del pleito disposición ésta del Código Judicial”.

Las razones en que funda este cargo las expresa así el recurrente:

“**La primera partición.** Dijo el sentenciador, en el fallo recurrido, que el trabajo presentado por el doctor Pabón reúne las tres operaciones fundamentales que según la ley debe integrarlo, a saber: liquidación, distribución y adjudicación del activo líquido inventariado. Observo que en general, es cierto que el trabajo de partición para que tenga carácter de tal, debe reunir las tres operaciones que destaca el Tribunal en el aparte transcrito; pero la conclusión no es exacta para el caso de autos, porque los herederos, de común acuerdo, mediante su único apoderado judicial, por medio de escrito visible al folio 47 del cuaderno número 1 del expediente, solicitaron y demandaron la partición material y así lo entendió el mismo partidador doctor Pabón Peláez quien al folio 92 del mismo cuaderno número 1 dijo: La

partición la hago ad valorem y no material como lo solicitaron los interesados por medio de su apoderado; así también lo entendió el juzgado civil del circuito de Fusagasugá cuando en auto de fecha noviembre 6 de 1947, visible al folio 3 vuelto del cuaderno 3 del expediente, expresó: Y en cuanto la inconducencia de éste, son ciertas (se refería el juzgado a que la partición presentada por el doctor Pabón Peláez no era partición material); además, el mismo Tribunal en la sentencia recurrida, también entendió que lo pedido había sido la partición material pues dice que la hicieron imposible los mismos hereceros, por sus encontradas y opuestas aspiraciones respecto de unos mismos bienes.

"De manera que los herederos, de común acuerdo, demandaron o solicitaron la partición material y así lo entendieron claramente el primer partidador doctor Pabón Peláez, el juzgado del conocimiento y el Tribunal. Si los herederos, como es lo cierto, demandaron la partición material, tal voluntad de los herederos era una orden legítima a la cual debió someterse el partidador doctor Pabón Peláez pues así lo dispuso el artículo 1391 del Código Civil; y como el dicho partidador contrarió o desconoció esa orden, puesto que practicó una partición nominal o ad valorem que no se había demandado o solicitado, verificó un trabajo inconducente como lo dijo el juzgado civil del circuito de Fusagasugá en el auto de fecha noviembre 6 de 1947. En las condiciones anotadas a pesar de que el trabajo presentado por el doctor Pabón Peláez tiene las tres operaciones indicadas por el Tribunal fallador de segundo grado, no puede ser considerado para el caso de autos como una verdadera partición puesto que le faltó otro requisito: haberse hecho en forma material como lo pidieron de común acuerdo los herederos..."

"En síntesis: El Tribunal fallador de segundo grado, estimó que el trabajo presentado por el doctor Pabón Peláez (mal llamada primera partición), tiene el carácter de partición; y basándose en este error, consideró el rechazo legal que a tal trabajo se le dió, como verdaderas objeciones y permaneciendo en tal error, concluyó que el trabajo presentado por el doctor Torres Homero (mal llamado segunda partición), no era cosa diferente de la primera partición reformada, de lo cual concluyó que las objeciones por mí propuestas eran segundas objeciones y por lo mismo inadmisibles. Pero el fenómeno es otro muy distinto como paso a explicarlo: El doctor Pabón Peláez

presentó un trabajo que no puede calificarse en el caso de autos como verdadera partición, puesto que verificó una partición ad valorem y no una partición material como se había pedido unánime y legítimamente por los coasignatarios; en estas condiciones, las llamadas impropriamente primeras objeciones, no tienen el carácter de tal puesto que son algo más: son el rechazo rotundo a un trabajo legalmente arbitrario o ineficaz el cual además fue presentado fuera de tiempo; y el auto que declaró fundadas tales objeciones, a pesar de que empleó la palabra **rehágase**, no le ordenó propiamente rehacer, en el sentido literal, el trabajo de partición sino que ordenó algo más: practicar un nuevo trabajo de partición, verificar una partición material que el doctor Pabón Peláez no quiso hacer; obsérvese que el auto que últimamente he citado, el cual opera al folio 4 del cuaderno 3 del expediente, no tuvo la limitación que debe tener todo auto que ordena rehacer la partición, ni podía tener tal limitación, no indicó qué puntos especiales debía contemplar el partidador ni podía indicarlos, sino que fue amplio como debía serlo y ordenar que el trabajo nuevo se hiciera con las formalidades legales. Si se me permitiera la comparación, diría que la partición hecha por el doctor Pabón Peláez es inexistente y que el auto que declaró probadas las objeciones no hizo cosa distinta de declarar dicha inexistencia..."

"De lo dicho hasta aquí, se concluye: Que el sentenciador ha debido estudiar las objeciones por mí propuestas contra la partición verificada por el doctor Torres Homero y no abstenerse de considerarlas como injurídicamente lo hizo. Y esta conclusión cobra fuerza si se piensa que nadie puede objetar lo que no conoce, lo que no existe; y cuando las primeras objeciones se formularon contra la partición presentada por el doctor Pabón Peláez (mal llamada primera partición), el trabajo del doctor Torres Homero no se conocía ni podía conocerse, no tenía existencia porque aún no se había practicado y por lo tanto no podía ser materia de objeción alguna".

En seguida el recurrente examina la **segunda partición**, para formular contra ella una larga serie de objeciones, y aún para indicar cuál sería la forma de rehacer el trabajo.

Segundo cargo. Dice el apoderado de la señora Ortiz de Díaz: "Acuso el fallo recurrido, por la primera de las causales de casación contempladas en el artículo 520 del Código Judicial, porque debido a que el Tribunal sentenciador no

apreció en absoluto las pruebas que al través del presente cargo iré singularizando, incurrió dicho sentenciador en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, error de hecho que llevó al sentenciador de segunda instancia a violar las disposiciones sustantivas que al través del presente cargo iré enumerando”.

En seguida el recurrente pasa a formular varias objeciones contra el trabajo presentado por el segundo partidor, y dice: “El trabajo presentado por el doctor Torres Homero (mal llamada partición reformada o segunda partición), no se ajustó a esas formalidades legales porque, como ya lo demostré en el primer caso y como ahora lo estoy demostrando, el partidor incurrió en violaciones de la ley”.

Tercer cargo. Dice el recurrente: “Acuso el fallo recurrido, por error de derecho, el cual aparece de modo manifiesto en los autos, error éste que hago consistir en los mismos hechos, circunstancias o errores que destaqué en el cargo inmediatamente anterior de la presente demanda, errores que condujeron al sentenciador a violar todos y cada uno de los textos legales que en el cargo inmediatamente anterior dejé citados y por los motivos en dicho cargo anotados. De manera que en este tercer cargo, invoco también la primera de las causales de casación del artículo 520 del Código Judicial, por infracción directa de la ley sustantiva pero no por error de hecho sino por error de derecho. Sería inoficioso volver aquí a reproducir todo lo dicho en el cargo inmediatamente anterior, al cual me remito como acabo de decirlo”.

No son otros los motivos aducidos por el recurrente.

La Corte considera:

Se examinan por separado los cargos formulados contra la sentencia recurrida.

Primer cargo. El Tribunal considera que el trabajo presentado por el doctor Pabón Peláez fue una primera partición y que fue rehecho por el Ingeniero Torres Homero en conformidad con lo dispuesto en el auto del juzgado de fecha 6 de noviembre de 1947, que resolvió las objeciones propuestas contra el trabajo de Pabón Peláez.

Estima el Tribunal que así entendidas las cosas, el juzgado tenía que aprobar el nuevo trabajo, sin examinar siquiera las nuevas objeciones, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 965

del C. J. y de acuerdo con abundante jurisprudencia de la Corte.

Si el rechazo de la primera partición hubiera consistido únicamente en la declaración de estar probada alguna o algunas objeciones, y en haber dispuesto que se rehiciera en tal o cual sentido, el parecer del Tribunal sería inobjetable. Entonces el oficio del juez al presentarse el trabajo rehecho, se reduciría a confrontar si éste se acomodaba a lo ordenado, sin dar lugar a nuevas objeciones.

Pero ocurre que el auto en que el juez ordenó rehacer la partición presentada por el doctor Pabón Peláez, no se fundó en aparecer probada alguna objeción sino en que el trabajo había sido presentado **extemporáneamente**, es decir, después del año, sin que en ello hubieran convenido los interesados (artículo 1389 del C. C.); y además en que dicho trabajo era **inconducente**, porque no se había hecho en la forma como lo pidieron los interesados.

Ello significa que el trabajo presentado por el Dr. Pabón Peláez se tuvo como inconducente, como inoperante o inoficioso, es decir no se le concedió valor, y se ordenó rehacer la partición en su totalidad, y aún con nuevo partidor, como posteriormente se dispuso en auto del 19 de diciembre de 1947.

De ahí que debe entenderse que la partición material presentada por el ingeniero Torres Homero es el trabajo originario de partición en este juicio, ya que el primero fue tenido como extemporáneo e inconducente.

Así empezó considerándolo el juzgado, pues admitió las objeciones propuestas contra dicho trabajo. En caso contrario, el juez, sin ordenar tramitar las objeciones, habría procedido a confrontar si aparecía rehecho como había sido ordenado y en caso afirmativo, lo habría aprobado, sin otra actuación.

Lo expuesto pone de presente que la siguiente argumentación del recurrente, es fundada: “El Tribunal fallador en vista de la violación cometida por el primer partidor Dr. Pabón Peláez, debió considerar dicho trabajo como ineficaz e ilegal y no calificarlo de verdadera partición como lo hizo en la sentencia recurrida. Y consecuente con su error, el Tribunal dejó de aplicar la disposición del artículo 964 ordinal 5º del Código Judicial puesto que ha debido considerar las objeciones por mí propuestas; pero en cambio, aplicó indebidamente la disposición del artículo 965 del Código Judicial al rechazar las objeciones

por mí formuladas considerándolas como segundas objeciones”.

En efecto: el inciso 5º del artículo 964 del Código Judicial dice: “Si el Juez encuentra fundada alguna objeción, ordena al partidor que rehaga la cuenta, y, si por el contrario, la estima infundada, aprueba la partición”.

Y el artículo 965 *ibidem* dice: “Reformada la partición en los términos ordenados, el juez la aprueba”.

En casos como el presente en que el primer trabajo de partición se ordenó rehacer por estimarlo extemporáneo e inconducente, viene a resultar que el segundo trabajo tiene el carácter, no de partición rehecha, sino de partición original, y por tanto contra él caben objeciones sin que puedan ser rechazadas **ab initio**.

El Tribunal aplicó indebidamente el art. 965 del C. J. y a la vez dejó de aplicar no sólo el inciso 5º del art. 964 *ibidem*, sino los artículos 1391 y 1394 del Código Civil.

Por violación de los artículos anteriormente citados, la sentencia recurrida debe casarse, y en su lugar procede la Corte a dictar la sentencia de instancia que ha de sustituirla.

Innecesario resulta examinar los otros motivos de casación alegados, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 538 del Código Judicial.

Sentencia de instancia

Para fundamentar ésta se procede a estudiar las objeciones formuladas por el recurrente contra el trabajo del partidor, ordenándolas y numerándolas para mayor claridad.

Primera objeción. Entre el causante y el heredero Teodoro Ortiz se halla constituida una comunidad de derechos sobre la finca rural “Los Hobos”; al primero corresponden las dos terceras partes de tal predio, y, al segundo el resto. El partidor formó arbitrariamente de las dos terceras partes del causante —que tienen el carácter jurídico de cuota— dos lotes que son cuerpos ciertos. Esta operación no la podía verificar sin haber extinguido o liquidado previamente la comunidad existente entre el causante y el causahabiente, pues sólo liquidando dicha comunidad a título singular estaría en condiciones de saber el partidor en qué sitio podría constituir los dos lotes. El mismo partidor dió a los dos lotes formados por él, valores que no fueron fijados por los peritos, pues éstos en la diligencia de inventarios y avalúos, avaluaron las dos terceras par-

tes de “Los Hobos”; es decir, una cuota pero no un cuerpo cierto. Y no extinguió el partidor la comunidad existente sobre dicha finca, ya que, por el contrario, “Prácticamente quedó una nueva comunidad”, pues antes de la partición tal predio pertenecía en parte al causante y en parte al heredero Teodoro Ortiz, y de acuerdo con la partición sobre dicha finca tienen derecho Teodoro Ortiz y María Tulia Ortiz de Díaz, el otro heredero.

En relación con esta primera objeción a la partición, se considera:

En la diligencia de inventarios y avalúos, que no fue objetada por ninguno de los herederos, los peritos tasaron en cinco mil seiscientos pesos la totalidad de la finca denominada “Los Hobos”, con una cabida de 72 fanegadas más o menos; pero teniendo en cuenta que a la sucesión no correspondía sino las dos terceras partes, mediante una simple operación aritmética esta porción fue avaluada en tres mil novecientos treinta y dos pesos (\$ 3.932), dejando constancia expresa de que los terrenos que la componen son de segunda clase. Así las cosas, la Sala estima que si el partidor no encontró solución más satisfactoria que la de fraccionar materialmente el fundo denominado “Los Hobos”, obró correctamente al medir la cabida total del predio para dividir por el número de fanegadas y metros el valor global que los peritos fijaron al inmueble, y conseguido esto agregar a la tercera parte correspondiente al comunero, la porción que debía adjudicársele como legitimario para completar su cuota herencial. La Sala admite que cuando en la diligencia de inventarios y avalúos o a juicio del partidor, aparece que el inmueble avaluado en conjunto tiene sectores que por sus circunstancias especiales representan distinto valor, el partidor no pueda dividirlo materialmente sin extralimitar sus funciones, pues en tal caso tendría necesidad de asignarle a los diversos lotes los valores correspondientes a su situación o calidad, estableciendo así una nueva tasación y arrogándose las facultades que a los peritos confiere en forma privativa la ley. Pero cuando, por el contrario, en la diligencia de inventarios y avalúos consta que no existen tales diferencias, o así lo aprecia libremente el partidor por haber guardado silencio sobre el particular los peritos, la Sala considera que entonces no sólo no usurpa funciones ni vulnera la ley el partidor que realiza la división material, sino que cumple con una de las finalidades propias de su labor, consistente en

evitar la creación o prolongación de comunidades innecesarias. En el caso al estudio, aparece la advertencia, clara y terminantemente consignada por los peritos en la diligencia de inventarios y avalúos, de que el terreno de la finca desmembrada es de segunda clase. No puede remitirse a duda que el partidor tuvo como base el avalúo fijado en el inventario, el cual aceptó sin discriminación; y por consiguiente, de la manera como procedió no puede deducirse en forma alguna que hubiera transgredido el artículo 1392 del Código Civil y asumido arbitrariamente las funciones de avaluador.

Tampoco resulta fundada la objeción consistente en no haber extinguido o liquidado previamente la comunidad formada entre el causante y uno de sus herederos, pues en ningún momento se corrió siquiera el riesgo de confundir los patrimonios o derechos respectivos. La liquidación de la antigua comunidad y la formación de los nuevos lotes, fueron actos simultáneos realizados técnicamente, de modo perfecto y con absoluta claridad. No entiende la Sala cómo "prácticamente ha podido crearse una nueva comunidad" a consecuencia de la partición, siendo como es un hecho evidente, que al dividir el predio anteriormente en común se formaron dos lotes con cabida fijada en fanegadas y metros y con linderos que le dan a cada uno el carácter de cuerpo cierto.

Se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios si los bienes del difunto estuvieron confundidos con otros pertenecientes a terceros, dice en síntesis el artículo 1398 del Código Civil, y a tal mandato se sujetó estrictamente el partidor. No describe éste en detalle el curso de las operaciones que llevó a cabo para liquidar la comunidad formada entre el causante y uno de sus causahabientes y evitar en seguida la indivisión que se hubiese producido de no adjudicar, como lo hizo, a los beneficiarios de la herencia cuerpos ciertos, en vez de cuotas en los derechos de la sucesión sobre el predio de "Los Hobos". Pero basta leer con atención su trabajo para advertir el proceso de la gestión realizada. Para completar a la señora María Tulia su legítima tenía que asignarle bienes por valor de \$ 2.796, y como el fundo "Los Hobos" era el único que a su juicio debía dividirse, le adjudicó a esta heredera 43 fanegadas 1.101 metros cuadrados, a razón de 98.82 metros cuadrados por peso moneada corriente. La medida del área de este inmueble le sirvió pues, para saber qué superficie co-

rrespondía exactamente a Teodoro Ortiz como titular del derecho proindiviso equivalente a la tercera parte, y para cubrir al otro causahabiente, señora María Tulia, la totalidad de su porción hereditaria. Como la tercera parte eran 30 fanegadas con 2.294 metros cuadrados y los \$ 2.796 representaban 43 fanegadas 1.101 metros cuadrados, el resto del terreno, o sean 17 fanegadas 3.460 metros cuadrados, lo agregó a la parte de que era dueño Teodoro, y formó dos lotes de tamaño casi igual así: "El Hobo uno", con 47 fanegadas 5.754 metros cuadrados, y el "Hobo dos" con 43 fanegadas 1.101 metros cuadrados, que sumados dan 91 fanegadas 482 metros cuadrados, cabida superficial total de la finca "Los Hobos". Al ser adjudicados estos lotes a Teodoro Ortiz y a María Tulia, respectivamente, quedaron liquidados en su orden, pero por medio de un solo acto, dos comunidades: una a título singular existente entre el causante o la sucesión y uno de los herederos, y otra, por razón de herencia, formada entre los legitimarios de la misma sucesión. Nada obligaba a extinguir la primera haciendo al primitivo copropietario del inmueble, dueño de la totalidad.

Las objeciones formuladas en este punto, a más de infundadas son confusas y contradictorias. Por otra parte, las conclusiones que deduce el recurrente son a todas luces arbitrarias.

Segunda objeción. La finca "Mesa del Medio" ha debido adjudicarse a la señora María Tulia Ortiz de Díaz porque colinda con varias propiedades suyas. Una adquirida de tiempo atrás, y la otra adjudicada en la partición, materia de las objeciones.

Sobre el particular se considera:

En la inspección ocular que figura al folio 19 y siguientes del cuaderno número 6, consta que la finca "Mesa del Medio" colinda por diversos costados y en extensión aproximadamente igual, con predios de los dos beneficiarios. Por el Norte, con el denominado Arbolito número uno, antigua propiedad de María Tulia Ortiz de Díaz, y con el Arbolito número dos desde hace muchos años perteneciente a Teodoro Ortiz; por el oriente, con "Santa Teresa", inmueble adjudicado en la partición a Teodoro Ortiz y en el cual éste era comunero con el causante; y por el occidente, con "San Roque", predio adjudicado en la misma partición a María Tulia Ortiz de Díaz.

Además, el partidor al presentar su trabajo deja establecido que no hay lugar a crear ni suspender servidumbres, quedando los diversos fun-

dos sin beneficios ni gravámenes entre sí. En el expediente no aparece prueba en contrario.

Con el examen de los citados documentos se aprecia sin dificultad que el partidor no podía obrar con mayor acierto adoptando en este punto soluciones distintas a las acogidas por él en su trabajo. Ambos herederos son colindantes de "La Mesa del Medio" pero con la circunstancia favorable a Teodoro Ortiz de poseer al realizarse la partición no uno sino dos predios contiguos al bien sucesoral que se iba a adjudicar. Uno de esos predios era ya suyo como cuerpo cierto y en el otro tenía un derecho proindiviso con el causante. Aparecía así notorio su mayor derecho a obtener que la finca disputada le fuera adjudicada preferentemente a él; En seguida se verá, al estudiar las demás objeciones a la partición, cómo otro inmueble igualmente ambicionado por los dos legitimarios, fue adjudicado a la señora María Tulia por ser ella dueña de una parte o cuota de ese bien.

El partidor procedió en el desempeño de su tarea con sujeción a las reglas del artículo 1394 del Código Civil que no, podrían considerarse vulneradas, dado su carácter relativo, sino al demostrarse en forma perentoria e inequívoca que no hubo equidad en el reparto de los bienes relictos, o que no se tuvieron en cuenta pruebas o factores decisivos para haber realizado la partición en otra forma, o que se desconocieron derechos evidentes de uno o de varios de los llamados a suceder al de cujus, etc. Pero la simple inconformidad de uno o de varios asignatarios porque no les fueron adjudicados determinados bienes a los cuales aspiraban con algún fundamento, o sencillamente por capricho, no pueden en ninguna ocasión servir de base a una declaratoria de infracción de reglas legales establecidas como principio orientador para el encargado de realizar una partición. Dadas la naturaleza y la calidad de los bienes inventariados y el valor material de cada hijuela, en el presente caso no puede sostenerse que a alguno de los legitimarios se haya dado más de lo que le corresponde legalmente.

Esta segunda objeción se halla también, pues, desprovista de fundamento.

Tercera objeción. Objeta el recurrente la partición por no haberse adjudicado a la señora María Tulia Ortiz de Díaz un lote que colinda con la casa y solar urbanos de que la mencionada señora es dueña en comunidad con el causante en el perímetro de la población de Arbeláez, desde

antes de abrirse la sucesión. Apoyado en este motivo pretende que el partidor violó, por no aplicación al caso, las reglas 3ª y 4ª del artículo 1394 del Código Civil, según las cuales deben asignarse a un mismo adjudicatario porciones continuas de los bienes raíces relictos.

Se considera:

Efectivamente, la señora María Tulia Ortiz de Díaz tiene desde hace algunos años un derecho proindiviso sobre la casa y solar referidos, equivalente a la mitad del valor del predio. Por la circunstancia de ser el causante copropietario de aquel bien, le fue adjudicada a la señora María Tulia la totalidad de los derechos de la sucesión en el inmueble respectivo. El reparo consiste en que no se le hubiera asignado también el lote contiguo —de exclusiva propiedad del de cujus—, con el cual el partidor contribuyó a formar la hijuela de gastos.

En relación con este cargo es necesario insistir en que las reglas del artículo 1394 del Código Civil no son normas imperativas sino preceptos flexibles que han de servir únicamente para guiar el criterio del partidor, al cual dejan en relativa libertad para dar a los problemas suscitados por situaciones de hecho, soluciones distintas a las prescritas como formulación del deseo del legislador. Podría considerarse que han sido vulneradas las normas, cuando sin razón atendible y contra hechos y circunstancias plenamente establecidos, un partidor se niega a proceder conforme a lo preceptuado en el artículo 1394, y el Tribunal confirma tan disparatado proceder. Si el texto de la disposición legal, inspirado en el propósito de que la partición se haga conforme a cuanto la razón natural indica como conveniente, justo o mejor, no dejara al partidor un amplio margen para separarse de la regla en los casos en que su estricto cumplimiento sea imposible, casi todas las comunidades a título universal quedarían ilíquidas, o serían extinguidas incurriendo en errores y faltas de equidad mayores de las que el mencionado artículo ha querido evitar.

En ocasiones puede no existir imposibilidad física u obstáculos de hecho insuperables para sujetar a las pautas del texto la solución que requiere el problema planteado al partidor, pero puede ocurrir al mismo tiempo que otras conclusiones resulten más de acuerdo con las conveniencias generales de los interesados y con los dicta-

dos de la equidad y la justicia, que son precisamente los que el artículo 1394 ha procurado preservar como norma permanente y primordial. Y es en previsión de situaciones semejantes que las aludidas reglas contienen expresiones condicionales que implican una recomendación o una mera facultad discrecional otorgada al partidor, para que se sujete a ellas mientras no lo dificulten o hagan imposible las circunstancias concretas del caso particular.

En el presente caso, tres de los nuevos bienes raíces inventariados se hallaban en comunidad con los llamados a suceder al causante, y tres tenían linderos comunes a predios de uno y otro de los legitimarios. Sobre tales bases formar lote de gastos, extinguir la comunidad a título universal sin formar nuevas comunidades a título singular, adjudicar a cada uno de los herederos porciones contiguas no sólo a los fundos de que ya eran dueños sino a los que por virtud de la partición iban a recibir, y cumplir por encima de todo el fin fundamental de distribuir los bienes con equidad, no era empresa fácil de realizar. Y no aparece probado que en el caso del solar urbano hubiera podido evitar el partidor el incumplimiento de la regla relativa a la continuidad de los predios, sin romperla al distribuir los fundos, o sin que de ello hubiera resultado mayor perjuicio para el otro legitimario, como lo dá a entender la atenta lectura de varias piezas del juicio. No puede dejarse de tener en cuenta, como ya lo ha dicho la Corte, que el partidor debe procurar que los bienes asignados para hijuela de gastos, sean de fácil disposición. Y la Sala encuentra que obró con acertado criterio el partidor al formar esta hijuela, dada la naturaleza de los bienes inventariados.

Esta objeción también es inadmisiblé.

Cuarta objeción. Por no tener adjudicatario la hijuela de gastos y haber ordenado el partidor que se rematara en pública subasta, estima el recurrente que se han violado los artículos 1392, 484, 485, 303 y 1382 del Código Civil, y el artículo 35 de la Ley 57 de 1887.

Se considera:

No existe razón alguna para que sea aplicado al caso propuesto el artículo 1392 del Código Civil, pues el precepto sobre el particular simplemente ordena tener el avalúo hecho por peritos como base para la adjudicación de las especies, salvo cuando éstas se liciten, en los casos previs-

2—Gaceta

tos por la ley. En él no aparece mandato expreso o tácito, directo o indirecto, en el sentido de que la hijuela de gastos deba tener adjudicatario o de que no puedan rematarse en pública subasta los bienes de una sucesión cuyos beneficiarios sean o no personas capaces. Respecto a la omisión en que incurra un partidor, no señalando adjudicatario a la hijuela de gastos, ha dicho en ocasiones anteriores la Corte: "No es objetable la partición de bienes herenciales porque el partidor no haya determinado la persona a quien se adjudica la hijuela de gastos; en tal caso son los herederos los que deben atender al pago de las deudas, con los valores señalados en la hijuela" (Casación 4 de diciembre de 1923 Tomo 30 página 212). "La hijuela de gastos es el señalamiento que hace el partidor de los bienes con cuyo valor se han de pagar esas deudas. Puede tener adjudicatario especial, pero no es éste un requisito esencial, porque si no se determina persona adjudicataria son los herederos los que, por principio general de derecho, deben atender al pago general de las deudas con los valores señalados en la hijuela". (Casación 16 de mayo de 1929 Tomo 36 página 451).

Estima la Sala que tampoco hubo violación de los artículos 484, 485 y 303 del Código Civil. Estos preceptos legales exigen la formalidad de la licencia judicial y el remate en pública subasta cuando hay interesados incapaces, pero no prohíben someter a este procedimiento la venta de bienes cuyos dueños sean individuos capaces. Modo de obrar que, además, es pertinente cuando no hay acuerdo entre los herederos para la disposición de los efectos destinados a hijuela de gastos. Por lo dicho, no surge nexo o relación alguna entre la partición objetada y los artículos del Código Civil que el recurrente considera transgredidos.

Si algo resulta evidente a lo largo del juicio es el fundamental desacuerdo entre las partes, que no sólo las inhabilitó para hacer la partición por sí mismas, sino que ha dificultado el arreglo de sus diferencias en las instancias. La Sala admite que no fuera indispensable en este caso la exigencia establecida por el partidor, de rematar en pública subasta los bienes comprendidos en la hijuela de gastos. Pero de que sea innecesaria tal formalidad no se sigue que inhabilite a los herederos para llegar a un arreglo de conformidad con el cual logren distribuir entre sí los respectivos bienes. Por el contrario. La función del partidor queda cumplida distribuyendo

las especies entre los partícipes y formando la hijuela a que haya lugar. Por lo mismo, cuanto éste disponga en relación con la manera de enajenar los efectos comprendidos en cada una de las hijuelas o con el modo de llevarlas al registro, o con cualquiera otra cuestión no comprendida en el conjunto de sus atribuciones, sobrepasa sus poderes y por tanto no obliga al juez ni a los interesados. La hijuela de gastos a que se concretan estas observaciones está destinada a cubrir a los herederos mismos las erogaciones que han hecho desde la apertura del juicio de sucesión para la tramitación de la causa, y según parece las expensas judiciales han sido pagadas por ellos en igual proporción. Esta circunstancia y precisamente el hecho de que la hijuela no tenga adjudicatario, facilitan más aún el acuerdo a que deben llegar para repartirse entre sí los efectos destinados por el partidor a cancelar tales deudas. Porque ese acuerdo no miraría sino a sus intereses personales y resultaría conforme con lo estatuido en los artículos 1382 y 1391 del Código Civil, sería perfectamente lícito y admisible. Es obvio que la distribución a que haya lugar, podría llevarse a cabo por los mismos herederos como personas mayores y capaces que son, o previa solicitud al juez de la causa de que la venta y adjudicación respectiva se verifiquen en licitación privada. Que tengan necesidad de acudir todavía los causahabientes, en el último supuesto, ante la autoridad judicial para hacer la partición amigable de las especies incluidas en la hijuela de gastos, es tan sólo consecuencia de no haber llegado oportunamente a un acuerdo los propios interesados.

De lo dicho se deduce que no hubo violación del artículo 1382 del Código Civil, pues no consta en ninguna forma que los coasignatarios hubiesen estado en ningún momento dispuestos a hacer por sí mismos la partición de todos, o parte al menos, de los bienes relictos. Por las mismas razones tampoco hay violación del artículo 35 de la Ley 57 de 1887.

Lo anterior es suficiente para rechazar la objeción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de febrero de 1949, y reforma parcialmente la dictada por el juez civil del circuito de Fusagasugá con fecha 30 de septiembre de 1948, para declarar, como declara:

Primero. Son infundadas las objeciones a la partición, propuestas por el apoderado de la heredera María Tulia Ortiz de Díaz.

Segundo. Confírmase en sus demás partes la sentencia de primera instancia mencionada.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín-Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA—MIENTRAS ESTE EN VIGENCIA EL CONTRATO Y VIVO EL CREDITO, EL VENDEDOR TIENE EL DERECHO DE OPCION PARA DEMANDAR LA RESOLUCION DEL CONTRATO O EL PAGO DEL DINERO QUE SE LE QUEDO DEBIENDO POR VENTA DE UN INMUEBLE. PERO, SOLICITADA LA RESOLUCION DEL CONTRATO Y ABSUELTO EL COMPRADOR, DESPUES DE CUBIERTOS TODOS LOS RECURSOS PROCEDIMENTALES EN QUE SE EXAMINO EL FONDO DEL ASUNTO, NO PUEDE INTENTARSE LA ACCION DE COBRO DE LO DEBIDO, PORQUE YA SE HIZO USO DEL DERECHO ALTERNATIVO QUE LA LEY AUTORIZA — LA ACCION RESOLUTORIA ES INDIVISIBLE Y NO PUEDE EJERCERSE POR UNO O MAS HEREDEROS DEL VENDEDOR, EN SU FAVOR EXCLUSIVO, DEJANDO POR FUERA A LOS OTROS HEREDEROS — CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE INDICIOS

1—Es doctrina de la Corte la de que no tratándose de indicios necesarios, a ella no le es dado modificar en casación el criterio tenido en cuenta por el sentenciador de instancia.

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

3—Si el contratante a quien se quedó debiendo un dinero por venta de inmuebles, solicita la resolución del contrato, y después de cubiertos todos los recursos procedimentales en que se examinó el fondo del asunto, se absuelve al otro contratante, ya no le será posible a aquél adelantar acción sobre cobro de lo debido, porque hizo uso del derecho alternativo que la ley autoriza. Este es el sentido del derecho de escoger acciones, y no puede ser otro. Desde que el contrato esté en vigencia y vivo el crédito, el derecho de opción existe.

Acerca de estas cuestiones el comentador

Barros Errazuris, tratando sobre el principio chileno de la demanda alternativa del vendedor contra el comprador en mora, principio semejante al nuestro, dice lo siguiente, después de hablar de los dos caminos que le quedan al vendedor burlado: “No sólo puede optar por uno u otro camino, sino que puede ensayar primero uno, y después abandonarlo y seguir el otro. Así el vendedor puede perseguir primero el pago del precio, y si no logra pagarse íntegramente, puede abandonar ese procedimiento y acogerse a la acción resolutoria. Ninguna disposición legal le prohíbe proceder en esa forma... Si el vendedor no quiere perseguir el pago del precio o no ha podido obtenerlo, le queda todavía la acción resolutoria...” (Contratos, Tomo 3º, págs. 160 y 161).

Estos mismos principios los expone con gran amplitud el profesor Giorgi en su notable obra sobre “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno” Edición séptima, volumen IV, pág. 224.

4—Cualquier heredero puede pedir para la sucesión en que tiene interés. Pero unos herederos no pueden ejercer en su propio provecho, dejando por fuera a otros herederos, la acción resolutoria de un contrato de compraventa que celebró el causante, porque la acción es indivisible.

5—Los hechos nuevos, no presentados en forma alguna en las instancias, no pueden dar fundamento a la casación de un fallo.

6—El artículo 1548 dice que “conste” la condición, es decir, que no esté oculta, de manera que para quien lea la escritura no le quede duda de que allí hay una condición, porque se estipuló un plazo para el pago de parte o del todo del precio; que se vea a simple lectura que allí hay un evento manifiesto, de percepción inmediata.

Corte Suprema, de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, enero diez y nueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Son demandantes en este juicio Julia Restrepo v. de Lorenzo Peláez y unos hijos suyos, son demandados José Miguel Franco, José Joaquín Ocampo y Francisco Antonio Henao, y piden aquéllos contra éstos, sintéticamente:

a) Que se declare resuelto, por falta de pago total, el contrato de compraventa que consta en la escritura 476 de abril de 1926, Notaría 1ª de Armenia, por la cual el citado Lorenzo Peláez le vendió al citado José Miguel Franco una finca de mejoras y dos solares, situados éstos en la parte urbana de Génova, Caldas, y aquella en la parte rural;

b) Que Franco debe restituir los solares a la sociedad conyugal de que fue jefe Peláez, y a la sucesión del mismo Peláez, una y otra ilíquida;

c) Que el demandado Ocampo debe restituir a la sociedad y a la sucesión una parte del inmueble rural que José Miguel Franco compró a Peláez por la escritura 476 citada, y después vendió a Manuel S. del mismo apellido, de quien adquirió Ocampo la parte de que se trata;

d) Que Henao, también demandado, debe restituir a la sucesión y a la sociedad conyugal la otra parte de la finca rural que José Miguel Franco compró a Peláez, que aquél vendió a Manuel S. del mismo apellido, y que éste dividió en dos partes, para vender una a Ocampo y la otra a Henao.

Lo que se aclara, siguiendo los hechos de la demanda, de la siguiente manera:

Peláez vendió a José Miguel Franco la finca y los solares, por \$ 8.000, de los cuales aquél recibió \$ 1.500 al momento de la operación, y el comprador Franco quedó debiendo \$ 5.500 fuera de que éste debía pagar \$ 1.000 a Ricardo Gómez para cancelar una hipoteca constituida sobre el

inmueble rural; José Miguel Franco vendió después a Manuel S. Franco el inmueble cuestionado; y este segundo Franco vendió parte de tal inmueble a Ocampo, y la otra parte a Henao.

El demandado Henao le denunció el pleito a su vendedor Manuel S. Franco, y éste contestó la demanda haciéndole frente al juicio.

El Juez del Circuito de Calarcá desató la litis por sentencia de veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, en la cual se declara demostrada la excepción perentoria de prescripción de la acción resolutoria.

Apelada esta sentencia, el Tribunal Superior de Pereira la revocó según fallo de quince de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, y con un voto disidente resolvió sintéticamente esto, que es lo que interesa tener en cuenta:

1º—No probadas las excepciones, entre las cuales están como principales la de prescripción de la acción resolutoria y la de prescripción adquisitiva del dominio;

2º—La resolución del contrato de que da razón la escritura 476, contrato celebrado entre Peláez y José Miguel Franco;

3º—La restitución por parte de éste de los dos solares de que se ha hablado; y

4º—Que la resolución del contrato no afecta a Ocampo y a Henao, porque son terceros adquirentes de buena fe, que no están obligados a la restitución.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, que les fue concedido, y sobre esto se va a decidir, previo estudio de las demandas respectivas, y después de decir lo siguiente para aclarar el caso:

Al demandado Franco le perjudica la sentencia del Tribunal en cuanto por ella se declaró la resolución del contrato que celebró con Peláez, y en cuanto se le ordena restituir los dos solares. Fuera de que se le condenó al pago de los frutos naturales y civiles producidos por los solares, y al pago de los intereses sobre los \$ 5.500 dentro de cierto lapso. Al paso que a los otros demandados —Ocampo y Henao—en nada los perjudica la sentencia de segundo grado. A la parte demandante le perjudica el fallo del Tribunal en cuanto por él no alcanzó la restitución de las dos porciones del inmueble rural. Fuera de que tiene que hacer alguna devolución de dinero, dentro de cierto lapso, con sus intereses.

Demanda de casación de los recurrentes actores

1º—Como primer motivo de casación se enuncia el siguiente: Ser la sentencia violatoria de la

ley sustantiva por interpretación errónea de algunas de sus disposiciones. Y refieren este motivo al siguiente concepto de la sentencia, que fue la razón, para no acceder a la restitución de las dos partes del inmueble rural: "La acción que procede de los artículos 1546 y 1930 atrás citados, no puede instaurarse contra terceros adquirentes de buena fe, porque, como ya se dijo, ella es personal y sólo puede dirigirse entre comprador y vendedor. En cambio el pacto comisorio produce efectos jurídicos contra esos terceros, y da acción real contra ellos, porque por la misma naturaleza del contrato, que exige de solemnidades especiales, v. gr. el registro público, esos terceros tienen ocasión y manera fácil de saber qué acordaron sus tradentes".

Argumenta el recurrente: La acción resolutoria que nace de la violación del contrato de compraventa por el no pago del precio estipulado, corresponde al vendedor y puede ejercitarla contra el comprador y contra terceros, siempre que éstos, al adquirir la cosa vendida, hayan estado en capacidad de conocer las condiciones del contrato. Y al consumarse el registro de la escritura 476 en que se hizo constar el contrato Peláez-Franco, todos los causahabientes de José Miguel Franco, primitivo comprador, estuvieron en capacidad de conocer las limitaciones del dominio estipuladas en aquella escritura, pues precisamente esa es una de las finalidades de la institución del registro. Ocampo y Henao no podían desconocer el primitivo contrato, desde que fue registrado, y sostener que a éstos, como terceros, no los afecta la condición resolutoria implícita, es desconocer la institución del registro y sus consecuencias. Todo lo cual quiere decir —remata su argumentación el recurrente— que se violaron, por interpretación errónea, los artículos 1546, 1930, 1935 y 1936 del C. Civil, de manera que se dio a estos textos un alcance que no tienen mediante una discriminación no autorizada ni por la letra ni por el espíritu de ellos.

29—Como segundo motivo de casación expresa el recurrente: La sentencia es violatoria de ley sustantiva por infracción directa por no haber aplicado a la materia del pleito las disposiciones pertinentes. Dice que el sentenciador se concretó a interpretar aisladamente las disposiciones sobre pacto comisorio y condición resolutoria tácita, sin tener en cuenta la institución del registro, íntimamente ligada al dominio de la propiedad raíz, a sus mutaciones, limitaciones, condiciones, cargas, etc., de manera que todo este sistema legal

ha sido desconocido, por falta de una visión amplia y coordinadora por parte del Tribunal; y sintetiza el recurrente sus acusaciones contra la sentencia, haciendo mención de las disposiciones violadas directamente, así, textualmente: "El artículo 750, que al armonizarlo con el 1548 de la misma obra, hace generar para terceros las consecuencias jurídicas de la transmisión del dominio de bienes raíces bajo condición resolutoria expresa o que al menos pueda constatar en el título para inferirse; el 1548, según el cual si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública; el 1759 que tampoco aplicó, en cuanto dispone que las obligaciones y descargos contenidos en los instrumentos públicos hacen plena prueba respecto a las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones o descargos por títulos universal o singular; el 1933, que ha debido aplicar, en armonía con los artículos 1547 y 1548, que tampoco aplicó; el 2674, en cuanto dispone que ningún título sujeto a registro surte efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha de la inscripción o registro; y el 2637, que a la letra dice: 'Dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los bienes raíces o le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de éstos, poniendo al alcance de todos el estado de la propiedad inmueble'. Las anteriores disposiciones, no aplicadas, debidamente armonizadas para su interpretación, llevan a la conclusión nítida de que la acción resolutoria no sólo opera entre las partes contratantes, sino que afecta por igual a los causahabientes, por obra del Registro, trayendo como consecuencia necesaria la acción reivindicatoria contra los actuales poseedores, sean contratantes directos, o sean causahabientes de éstos".

30—Por último, como tercer motivo de casación, expone el recurrente: Violación de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de elementos probatorios. Y dice sobre esto: El Tribunal sentenciador, no obstante que a lo largo del fallo estudió y analizó suficientemente la prueba que aparece en el proceso, consistente en la escritura pública No. 476 de 9 de abril de 1926, que se halla debidamente registrada, y el certificado sobre tradición y libertad del inmueble, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Calarcá, desestimó esos do-

cumentos, considerándolos inoperantes contra los actuales poseedores de la finca que se reivindica, de manera que se violó el artículo 1759 del C. Civil.

Demanda de casación de los recurrentes opositores

Primero. Manifiestan los recurrentes que la sentencia ha infringido la ley sustantiva por error de derecho que consta evidentemente en los autos y que consiste en la apreciación errónea de una prueba; y por error de hecho consistente en la falta de apreciación de otras pruebas conexas que refuerzan aquélla.

Acerca de esto dicen que a Franco no le fueron entregadas por parte de Peláez las mejoras de que trata la escritura 476, lo que establece con los siguientes hechos: Que Franco, muchos meses antes del vencimiento del plazo para el pago de los \$ 5.500, entabló juicio ordinario contra Faustino Cano y José Ma. Martínez para la restitución de las mejoras que le transfirió Peláez; que de esa demanda fue notificado también Peláez en armonía con el artículo 1900 del C. Civil, y que éste no se hizo parte en el juicio; que los demandados Cano y Muñoz fueron absueltos, con lo cual Franco perdió las mejoras; que en los autos hay confesiones del demandante Peláez, en que se habla de las parcelas de caña pertenecientes a Cano y a Muñoz, confesiones que no fueron tomadas en cuenta por el Tribunal; y por último, que de las pruebas resultan indicios "precisos y concordantes que tienden a demostrar la no entrega por parte de Peláez a Franco de las susodichas mejoras", indicios que el recurrente enuncia en número de cinco, incluyendo los que considera derivados de la contestación de la demanda. De suerte que el recurrente estima que el Tribunal "incurrió en el error de derecho de no haber apreciado debidamente la prueba del cuasi contrato de litis contestatio, y en el error de hecho de considerar como inexistentes todos y cada uno de los indicios y la prueba plena de que se trata en los puntos 1 a 5". Y remata así su acusación: "Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal fallador infringió, por falta de aplicación, el artículo 1609 del C. C., ya que el vendedor está obligado a hacer entrega y tradición del bien vendido y al saneamiento de éste, y está superabundantemente comprobado que Lorenzo Peláez no cumplió totalmente con tales obligaciones. Además violó,

por aplicación indebida e interpretación errónea los arts. 1546 y 1930 del C. C., ya que ellos no pueden interpretarse aisladamente sino en relación con el 1609 ya citado y con los arts. 1899, 1901, 1902 y 1904 del C. C., pues es sabido que el art. 1902 sólo eximiría al vendedor en el caso de autos del reembolso de las costas que sufragó José Miguel Franco".

Como se ve, la exposición anterior del recurrente se refiere al inmueble rural; y en cuanto a los dos solares urbanos, sólo expresa: "Violó además el Tribunal, por aplicación indebida, los artículos 946 y concordantes del C. Civil, referentes a la acción reivindicatoria, despojando del derecho de dominio que corresponde a mi mandante en los inmuebles señalados con las letras b) y c) de la escritura citada 476" (Se refiere a los solares).

De una vez se debe anotar que atrás dijeron los recurrentes que acusaban la sentencia por error de derecho consistente en la apreciación errónea de una prueba, y por error de hecho consistente en la falta de apreciación de unas pruebas conexas que refuerzan la primera. Y sin embargo, involucra en este capítulo otras acusaciones, pues dice, como se vio arriba, que fueron violados otros textos legales por aplicación indebida y por interpretación errónea, sin que se expresen los motivos en que se fundan estas acusaciones.

Segundo. Dicen los recurrentes que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por error de hecho que consta ostensiblemente en los autos y que proviene de falta de apreciación de una prueba. Expresan que se puede suponer que Peláez sí cumplió con la obligación de hacer entrega de las mejoras; mas aparece plenamente acreditado que los demandantes, en ejercicio del derecho alternativo consagrado por los artículos 1546 y 1930 del C. Civil eligieron la acción de cumplimiento del contrato, o sea la de pago del resto del precio en relación con el contrato contenido en la escritura 476, por medio de un juicio de venta del bien hipotecado y señalado con la letra a) de aquella escritura (el inmueble rural), y luego desearon la elección que ya tenían hecha por medio de un juicio que terminó, para entablar la demanda que se estudia, sobre resolución del contrato; y sin embargo de esas probanzas, el Tribunal se abstuvo de estudiarlas, no apreciándolas como debió hacerlo.

En relación con el derecho alternativo a que se refieren aquellos artículos, dice textualmente

el recurrente; "Pero es lo natural que tal modificación no puede hacerse arbitraria y sorpresivamente por el vendedor o sus sucesores, sino cuando la acción primitivamente elegida ha sido ineficaz, sin culpa del deudor o del acreedor que elige, pues es sabido que en la obligación alternativa se deben dos objetos, a elección del acreedor o del deudor, según el caso, y que cuando la elección corresponde al acreedor, y éste se ha decidido por uno de ellos, y hace sabedor de su elección al deudor, a éste le basta para extinguir su obligación con pagar con el objeto debido y elegido (art. 1556 del C. C.), pues desde ese momento deja de deber dos objetos, quedando debiendo sólo uno de ellos, a cuyo pago puede ser compelido por la vía judicial. Lo que vale decir, que cuando el acreedor elige, y hace sabedor de ello a su deudor, aquél agota, con el ejercicio, su derecho alternativo de elección, salvo que ésta haya resultado ineficaz, pero sin hecho o culpa de quien hizo la elección. No se ha acreditado en los autos que mi poderdante Franco sea insolvente, o un hecho análogo que haya desvirtuado la elección hecha por el acreedor, luego éste no puede, por sí, y ante sí, desconocer o rechazar su primitiva elección, dándola por inexistente, para cambiarla cuando le plazca, a espaldas y sin noticia del deudor".

Otro aspecto de la cuestión estudia el recurrente en los siguientes términos: "Pero hay algo más: el derecho alternativo de que se trata, al ser transferido por causa de muerte a varios herederos, es divisible, lo que vale decir que alguno o algunos de ellos pueden pedir el pago del precio, y otro u otros, la resolución parcial del contrato, en cuantía equivalente a la cuota de su derecho hereditario". "...Al aceptarse la teoría de la divisibilidad del derecho alternativo de que se trata, y como no aparece acreditado en los autos cuáles y cuántos son los herederos abintestato o testamentarios de Lorenzo Peláez, no se podría decidir en qué cuota puede decretarse la resolución del contrato, para no ir a arrebatar, como lo hizo el Tribunal fallador, su derecho de elección a los demás coherederos que quisieran optar por la acción de pago del precio". "...Con motivo de todo lo expuesto, la sentencia recurrida quebrantó por interpretación errónea y aplicación indebida los arts. 1556 hasta 1561, 1546, 1930 y concordantes del C. C., 950 y ss. de la misma obra, vulnerando el claro derecho de dominio que corresponde a mi mandante Franco".

Tercero. Por último expresan: "Se incurrió en una causal de nulidad contenida en el artículo 448 del C. de Procedimiento Civil que no ha sido saneada". Y dicen que la sentencia recurrida, por no haber considerado esa nulidad por ilegitimidad de la personería, incurrió en la causal de casación de que trata el ordinal 6º del artículo 520 del C. Judicial, acerca de lo cual se alegó esto textual: "En efecto, no aparece acreditado en los autos que el demandante Ernesto Peláez Restrepo sea hijo legítimo de Lorenzo Peláez y doña Julia Restrepo v. de Peláez, pues aun cuando a fs. 11 del Cuaderno Nº 1º se ve una partida de nacimiento de Néstor Antonio, no aparece acreditado en los autos que éste sea el mismo Ernesto que figura como demandante, ya que el nombre de Néstor es tan distinto del de Ernesto, como son de diferentes los nombres de Roberto y Rigoberto. Y como tampoco aparece comprobado que es hijo natural de Lorenzo Peláez, existe en los autos y está acreditado en ellos la falta de personería sustantiva de uno de los demandantes, y como Ernesto actúa sin poder de otro u otros coherederos, se destaca también la falta de personería adjetiva del mencionado demandante, lo que vale decir que existe una de las causales de nulidad establecida en el ordinal segundo del art. 448 ya citado, consistente en la ilegitimidad de la personería sustantiva y de la personería adjetiva del demandante Ernesto Peláez Restrepo que no ha sido saneada de conformidad con la ley".

Y desde otro punto de vista alega:

"En cuanto a la cónyuge sobreviviente señora Julia Restrepo v. de Peláez, no se ha acreditado en los autos que carezca de bienes para tener derecho a la porción conyugal que equivaldría a la legítima rigurosa de uno de sus hijos, para que pudiera tener derecho a demandar como coheredera en su calidad de legitimaria, ya que el legitimario es siempre heredero (art. 1239 2º del C. C.), ni se ha comprobado tampoco que los bienes de que trata la escritura pública Nº 476, muchas veces citada, pertenezcan a la sociedad conyugal Peláez-Restrepo, para que esta sociedad pudiera presentarse como demandante".

"Como consecuencia de lo dicho, el Tribunal fallador violó por falta de aplicación el art. 455 del C. J.", dicen los recurrentes.

Consideraciones de la Sala en relación con los opositores

Es preciso examinar primeramente la deman-

da de los opositores, porque éstos acusaron la sentencia en su conjunto, mientras que los demandantes la acusaron sólo en parte.

I. — Peláez no entregó las mejoras a Franco

A esto se reduce la primera acusación de los opositores. Dicen que no obstante que en el expediente existen las constancias de un juicio que entabló José Miguel Franco contra Faustino Cano y José María Martínez en persecución de parte de las mejoras compradas a Peláez, el cual juicio fue un insuceso, pues los demandados resultaron absueltos, y no obstante unas confesiones de los demandantes sobre la no entrega de las mejoras, y unos indicios sobre el particular, el Tribunal no apreció debidamente estas pruebas, y pasó por alto las confesiones, de donde resulta, a juicio de los recurrentes opositores, que se violaron: por falta de aplicación el artículo 1609 del C. C., y por aplicación indebida e interpretación errónea los artículos 1546 y 1930 del mismo Código, "ya que ellos no pueden interpretarse aisladamente sino en relación con el 1609 citado y con los artículos 1899, 1901, 1902 y 1904 del C. C."

Sobre entrega o no entrega de las mejoras es preciso examinar la escritura 476 por la cual Peláez vendió los inmuebles a Franco, escritura que expresa lo siguiente: "Tercero. Que desde hoy pone al comprador en posesión y dominio de lo que le vende, con las acciones consiguientes". Lo que encontró bien Franco al decir en la escritura que lo acepta. Además, en tal escritura no se habla de que parte de las mejoras vendidas estuvieran en poder de los mentados Cano y Martínez. Y el artículo 1759 del C. Civil dice que el instrumento público hace plena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados.

Consta en el expediente que José Miguel Franco demandó a Cano y a Martínez por unos lotes de caña de los cuales se dice que están dentro de lo que le vendió Peláez. Se expresa en la demanda que dentro de lo comprado a Peláez "existen dos plantaciones de caña de azúcar que el vendedor, lejos de excluir, advirtió que existían, como se ve del contexto de la expresada escritura". Lo que no es así, pues ya se dijo que en esa escritura Peláez-Franco no se habla en parte alguna de reservas a favor de Cano y Martínez. Se dice también en la demanda que esas plantaciones de caña "son de propiedad exclusiva de los

señores Cano y Martínez"; y sin embargo, se demanda a éstos para la entrega de esas plantaciones.

Todo esto tan enrevesado, fue examinado por el Tribunal, y dijo en la sentencia: "Tanto en la contestación de la demanda (fs. 35 vto. del Cuad. 1º), como en la diligencia de absolución de posiciones que obra a fs. 7 del cuaderno 3º, el señor José Miguel Franco confiesa estar debiendo en la actualidad la suma de que trata la escritura N° 476 de 9 de abril de 1926, si bien dice que no la ha pagado dizque porque Peláez no le cumplió a su turno la obligación de entregar saneadas las mejoras, pues que dentro de ellas existían unos lotes que reclamaban los señores Faustino Cano y José María Martínez. Sin embargo, la argumentación de Franco sobre este particular no aparece demostrada, ya que con las copias de las sentencias tomadas del juicio ordinario que el mismo Franco instauró contra los señores Cano y Martínez, atrás citados, sólo se acredita que tales señores fueron absueltos en primera y en segunda instancia por ausencia de pruebas".

Por donde se ve que el Tribunal hizo examen de la prueba citada por los recurrentes, y la apreció debidamente.

Pero se puede preguntar: si en la escritura Peláez-Franco nada se habló de las mejoras de Cano y Martínez, y si reclamadas por Franco esas mejoras, ningún éxito alcanzó, ¿qué prueba esto contra la afirmación que se hace en la escritura acerca de que las mejoras fueron entregadas? Nada.

Los recurrentes citan este párrafo de un alegato del apoderado de los actores, como una confesión de la no entrega de las mejoras: "En el caso de que se trata Franco pretendió desalojar a Cano y a Martínez mediante acción de dominio, con los resultados desfavorables que antes se indicó, y acudió entonces al arreglo directo logrando de este modo la entrega y posesión de las parcelas cultivadas por cada uno". Y es preciso afirmar que de lo copiado no resulta confesión alguna sobre la no entrega de las mejoras por parte de Peláez. Para llegar a esta conclusión basta por considerar que no se sabe en qué época se instalaron Cano y Martínez dentro de lo vendido por Peláez, ya que, se repite, de esto no se habla en la escritura.

Como otra confesión el apoderado de los recurrentes cita la siguiente pregunta que en posiciones se le formuló a Franco: "2º—¿Es cierto, sí o no, que estando usted poseyendo la finca dicha,

por razón de los contratos de compraventa que usted celebró con Peláez y con Caicedo, excepto de las dos parcelas de caña pertenecientes a los cosecheros Faustino Cano y José Ma. Martínez, entabló demanda contra Peláez para la reivindicación de dichas parcelas?”. Y ésta, que es una pregunta que se le formula a Franco, se presenta como una confesión de Peláez. Hay confesión en lo que se contesta y no en lo que se pregunta, a no ser que en la pregunta se haga una afirmación que equivalga a una confesión, lo que no ocurre en el caso a estudio. Además, ya se dijo: Si de Cano y de Martínez no se habló en el contrato Peláez Franco, ¿cómo se sabe que cuando este contrato se celebró ya aquéllos tenían tomadas parcelas dentro de lo vendido por Peláez?. Esto tampoco desdice de la afirmación hecha en la escritura 456 acerca de que las mejoras fueron entregadas.

Por último, como prueba de la no entrega de las mejoras, los recurrentes presentan unos indicios, no necesarios pero sí graves, precisos y concordantes, según ellos los califican, indicios en conexión con las mejoras atribuidas a Cano y Martínez, con el juicio que surgió contra éstos, y con la contestación de la demanda. Y si estas cuestiones las tuvo en cuenta el fallador, quiere decir que los indicios a que ellas pudieron dar ocasión, también fueron considerados implícitamente en la sentencia; mas no obstante se hace relación y estudio de los hechos llamados indicios, aunque es doctrina de la Corte la de que no tratándose de indicios necesarios, no le es dado a la Sala modificar el criterio tenido en cuenta por el sentenciador de instancia.

Apuntan los recurrentes, en calidad de indicios:

Que desde el 9 de julio de 1927 (la escritura de venta de las mejoras es de fecha 9 de abril de 1926) Cano y Martínez poseían las mejoras. Ya se dijo que de esto no habla aquella escritura en que se dice que las mejoras fueron entregadas.

Que Peláez no compareció a la defensa en el juicio contra Cano y Martínez. A lo que se dice que no tenía por qué comparecer pues ni fue demandado ni podía aceptar que Cano y Martínez tenían mejoras dentro de lo que él vendió a Franco, cuando en la escritura no consta tal cosa.

Que no obstante estos antecedentes se abstuvo de ejercitar durante su vida el derecho de elección de acciones a que se refiere el artículo 1546 del C. C. A lo cual se puede contestar que esto nada prueba contra la entrega de las mejoras, afirmada en la escritura.

Que en la contestación de la demanda el demandado hizo la afirmación de que Peláez no cumplió con la obligación de entregar la cosa vendida, y que correspondía entonces al actor probar que sí había cumplido. A lo cual se expresa que el actor sí probó la entrega con la escritura de venta.

Por último, los recurrentes citan las confesiones, como indicio 5º Y ya se dijo que lo calificado de confesiones, no lo son.

Sobre estas alegaciones de indicios ha dicho la Corte: “Cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales, en que su interpretación repugna con la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se deduce rectamente esto de las normas que modelan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 672 del Código Judicial. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios, sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugna con la manifiesta evidencia de los hechos...” (G. J. Nº 1993 pag. 37).

Queda en pie lo afirmado en la escritura 476 sobre entrega de las mejoras, sin que sean fundadas las acusaciones de los recurrentes contra la apreciación que de esa escritura hizo el Tribunal.

Lo dicho hasta aquí se refiere al no cumplimiento del contrato por parte de Peláez, según los puntos de vista de Franco. Pero en el mismo capítulo acusatorio que se está examinando, hay una parte especialmente dedicada a la condenación que la sentencia hizo contra Franco sobre entrega de los dos solares, parte en que se dice simplemente esto: “Violó además por aplicación indebida los arts. 946 y concordantes del C. C. referentes a la acción reivindicatoria, despojando del derecho de dominio que corresponde a mi mandante en los inmuebles señalados con las letras b) y c) de la escritura 476”. Y nada más. Lo cual no cumple ninguna de las reglas de casación sobre acusación de la sentencia de instancia.

II. — Derecho alternativo de los artículos 1546 y 1930 del C. C.:

La segunda acusación de los recurrentes opositores se funda en que los actores, antes de la presente acción sobre resolución del contrato, ha-

bían optado por la de cumplimiento del mismo, persiguiendo la suma que Franco quedó debiendo, lo que quiere decir que agotaron el derecho de escogencia, violándose así aquellos textos legales, y dando ocasión a un error de hecho que consideran manifiesto en los autos por falta de apreciación de esa prueba, lo que informa este segundo capítulo acusatorio.

En el expediente figura la copia de una sentencia del Tribunal Superior de Pereira, que se refiere a la demanda presentada por parte de Peláez sobre el pago de \$ 5.500 que Franco le quedó debiendo, demanda a la cual se acumularon una de Ramón Cadavid y otra de Julio Caicedo Pardo, según dice la sentencia. No es posible saberse las circunstancias y condiciones de esas demandas, porque según se dice, sólo aparece como prueba del juicio la copia cuestionada, con lo cual no se puede establecer si una acción de pago cubrió todo el procedimiento, hasta llegar a sentencia firme. Se anota que, aquella sentencia no hizo reconocimiento alguno a favor de los demandantes, lo que, quiere decir que su derecho quedó intacto.

Mas en todo caso, la sentencia se refiere a tres juicios en uno por acumulación; y en esa sentencia se dan éstas como razones para no haberse decretado el remate del inmueble rural a que se contrae la escritura 476, con el fin de pagar el crédito de Peláez y otros dos perseguidos en el mismo juicio:

“Por tanto, en la actualidad no se sabe cuáles son los poseedores inscritos de la finca de mejoras a que aluden las escrituras 676 y 483, desde luego qué en esta clase de juicio sobre venta o adjudicación de bienes hipotecados, por ejercitarse únicamente la acción real, se hace indispensable establecer quién es el poseedor inscrito de lo hipotecado.

“Así mismo, la falta del certificado a que alude el artículo 1189 del C. Judicial, se nota también en este juicio, con respecto a si el demandado José Miguel Franco es o no poseedor actual e inscrito, de lo que hubo por compra de Lorenzo Peláez, pues la certificación presentada tiene el inconveniente de referirse respecto a tradición, a un lote distinto o sea al que se determina en la escritura 116 y por tanto, no se sabe si el señor Franco sigue siendo poseedor inscrito del inmueble que en la escritura 476 se determina con la letra a), pues que el registro de la mencionada escritura no ha sido cancelado por nin-

guno de los medios indicados por el artículo 739 del C. Civil.

“Es éste el motivo para que no pueda decretarse el remate de este bien (el que se determina en la escritura 476 con la letra a), para que con su producto se paguen los créditos que se cobran en este juicio, mediante la prelación correspondiente y de acuerdo con el rango que tenga cada hipoteca, debiéndose por tanto ordenar el desembargo y la consiguiente cancelación del mismo, con respecto a dicho bien en la forma que para estos casos autoriza el artículo 1008 del C. Judicial”.

Fue un insuceso para Peláez la demanda sobre cobro de lo que se le quedó debiendo, mas no porque el crédito a su favor no existiera, sino más bien por inhabilidad en los personeros de los actores. Y se pregunta: ¿Este insuceso equivale a haberse agotado por parte de Peláez el derecho de escoger entre las dos acciones autorizadas por los artículos arriba citados?. Sin duda que no. Se agota una de esas acciones cuando ella hace todo el recorrido hasta llegar a la absolución o a la condena, fallándose así sobre el fondo del asunto. Si el contratante a quien se quedó debiendo un dinero por venta de inmuebles, solicita la resolución del contrato, y después de cubiertos todos los recursos procedimentales en que se examinó el fondo del asunto, se absuelve al otro contratante, ya no le será posible a aquél adelantar acción sobre cobro de lo debido, porque hizo uso del derecho alternativo que la ley autoriza. Este es el sentido del derecho de escoger acciones, y no puede ser otro. Desde que el contrato esté en vigencia y vivo el crédito, el derecho de opción existe. Dictada la sentencia de que se trajo copia aislada a los autos, y de la cual se transcribió parte, el contrato Peláez-Franco quedó sin lesiones, el crédito quedó insoluto, y quedó en pie, por tanto, el derecho alternativo de escogencia.

Acerca de estas cuestiones el comentador Barros Errazuris, tratando sobre el principio chileno de la demanda alternativa del vendedor contra el comprador en mora, principio semejante al nuestro, dice lo siguiente, después de hablar de los dos caminos que le quedan al vendedor burlado: “No sólo puede optar por uno u otro camino, sino que puede ensayar primero uno, y después abandonarlo y seguir el otro. Así el vendedor puede perseguir primero el pago del precio, y si no logra pagarse íntegramente, puede abandonar ese procedimiento y acogerse a la ac-

ción resolutoria. Ninguna disposición legal le prohíbe proceder en esa forma... Si el vendedor no quiere perseguir el pago del precio o no ha podido obtenerlo, le queda todavía la acción resolutoria...". ("Contratos", Tomo 3º págs. 160 y 161).

Estos mismos principios los expone con gran amplitud el Profesor Giorgi en su notable obra sobre "Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno". (Edición Séptima. Volumen IV, pag. 224).

De esta suerte, el Tribunal no violó el artículo 1546 del C. C. por falta de apreciación de las pruebas a que se refiere el recurrente, ni violó las otras disposiciones citadas, que tienen que ver con el derecho alternativo de aquel texto legal.

Alega de otro lado el recurrente que el derecho alternativo es divisible, y que como aquí se trata sólo de algunos herederos, y de la cónyuge, no podían promover la acción sino reunidos todos.

Se dijo ya que el contrato Peláez-Franco está sin fallas, y se vió que aquí se han hecho peticiones a favor de la sucesión de Peláez, y de la sociedad conyugal de que él fue jefe. No se está demandando para los herederos que formulan peticiones. Se ha visto también que lo pedido es la resolución del contrato, y esta acción es indivisible. Sobre esto dice el comentador chileno en su obra ya citada. "La acción resolutoria es, en cierto modo, indivisible, porque es preciso que la venta sea resuelta en su totalidad; o mantenida íntegramente. Atendida la naturaleza de la acción, no cabe resolución parcial".

Se vio atrás que aquí se ha pedido para la sucesión ilíquida. Y de acuerdo con principios generales de derecho, cualquier heredero puede pedir para la sucesión en que tiene interés (V. GACETA JUDICIAL Tomo LVII pag. 84). Otra cosa sería si unos herederos ejercitaran la acción de resolución en su propio provecho, dejando por fuera a otros herederos. Aquello no podría prosperar, precisamente porque la acción es indivisible.

III. — Nulidad:

Estiman los recurrentes que se está frente a una de las nulidades de que trata el artículo 448 del C. Judicial, la cual constituye un motivo de casación al tenor del ordinal 6º del artículo 520 del mismo Código. Y 4a fundan en que figu-

ra en la demanda un Ernesto Peláez Restrepo que se cubre con la partida de nacimiento de Néstor Antonio Peláez, y que no hay prueba de que Ernesto que figura como demandante, sea Néstor el de aquella partida, de manera que está acreditada la falta de personería sustantiva de uno de los demandantes, lo que vale decir que existe una nulidad. Aquí se trataría de una cuestión de fondo —ser o no ser heredero— que se referiría a la viabilidad de la acción (V. GACETA JUDICIAL, Tomo LV pag. 529). Mas en todo caso, se está en presencia de un hecho nuevo, no mencionado en parte alguna del proceso, el cual, por tanto, no puede invocarse como motivo de casación.

Fuera de esto, insisten los recurrentes en que se violó el derecho alternativo de que trata el artículo 1546 del C. Civil, para presentar argumentos de falta de representación con base en la falsa idea que se tiene de aquel derecho alternativo, o de opción, o de escogencia entre dos acciones. Y ya se vio cómo en el presente caso no hubo desconocimiento del derecho alternativo enunciado.

Tampoco prospera, pues, este cargo contra la sentencia.

Como conectado con la anterior consideración, presentan los recurrentes este argumento: No se ha acreditado que la viuda de Peláez carezca de bienes de fortuna para tener derecho a la porción conyugal, que equivaldría a la legítima rigurosa de uno de sus hijos, para que pudiera presentarse como demandante; ni se ha comprobado tampoco que los bienes de que trata la escritura 476 pretenezcan a la sociedad conyugal Peláez-Restrepo, para que esta sociedad pueda ser demandante.

Acerca de lo primero, ya se dijo que los demandantes no han pedido para sí, sino para la sociedad conyugal ilíquida, y que en este caso nada tiene que ver la porción conyugal. Además, éste es otro hecho nuevo, no presentado en forma alguna en las instancias, que no puede dar fundamento a un motivo de casación.

En la última página de la demanda de casación que se examina, el apoderado de los opositores, hablando en nombre de Manuel S. Franco, a quien Henao denunció el pleito, y de José Joaquín Ocampo, formula una acusación contra la sentencia "para el evento totalmente hipotético de que no prosperare alguna de las causales anteriores y de que prosperare en cambio alguna de las causales propuestas por la contraparte".

Y como éstas no se han examinado, y las otras, por el estudio que se acaba de hacer, no prosperarán, al final de este fallo se hará examen de aquella acusación presentada por el apoderado de los demandados.

Consideraciones de la Sala en relación con los actores

Dicen los actores en su demanda que el Tribunal violó por interpretación errónea los artículos 1546, 1930, 1935 y 1936 del C. Civil, al afirmar y decidir que la acción a que se refieren los dos primeros no puede instaurarse contra terceros de buena fe, y que ella tiene cabida sólo entre comprador y vendedor, cosa distinta de lo que ocurre con el pacto comisorio que sí dá acción contra ellos "porque por la misma naturaleza del contrato que exige solemnidades especiales v. gr. el registro público, esos terceros tienen ocasión y manera fácil de saber qué acordaron sus tradentes".

Para el Tribunal, si se tratara de un pacto comisorio, habría lugar a acción contra terceros, porque por el "registro público, esos terceros tienen ocasión y manera fácil de saber qué acordaron sus tradentes". De manera que es propiamente la ausencia del pacto comisorio el único argumento del Tribunal para no condenar a la restitución a los demandados Ocampo y Henao. Y consideró el Tribunal aplicables al caso los artículos 1546 y 1930, que hablan de la condición resolutoria implícita, porque la acción a que estos textos se refieren "no puede instaurarse contra terceros adquirentes de buena fe", al paso que el pacto comisorio sí autoriza esa acción.

Mas antes el Tribunal había dicho que el pacto comisorio es simple y calificado; que es simple cuando se expresa en el contrato la condición de que trata el artículo 1546, y es calificado cuando se estipula que de no pagarse el precio al tiempo convenido se resuelve **ipso facto** el contrato. Muy bien: pero a ¿cuál de estas dos clases de pacto comisorio se refiere el Tribunal? Sin duda que a la última, de que trata el artículo 1937 del C. C. Y queda así a un lado la primera clase de pacto comisorio, equivalente en algunos de sus efectos a la acción de que trata el artículo 1546. Lo que quiere decir que el Tribunal no ha obrado con lógica en el punto a estudio, pues dice que no se trata aquí de un pacto comisorio, y sin embargo considera que hay un pacto co-

misorio que queda comprendido en el artículo 1546.

El Tribunal no niega, ni podía negar, que en el contrato Peláez Franco hay una condición. Se lee ciertamente en la escritura 476 que dá razón del contrato, frente a la cláusula Segunda: Que Peláez vende a Franco el inmueble rural por \$ 8.000, de los cuales declara tener recibidos \$ 2.500, quedando en poder de Franco \$ 1.000 para cancelar un gravamen hipotecario; "y para el pago de los \$ 5.500 restantes concede al comprador plazo de dos años, contados desde hoy...". Lo que quiere decir que en el contrato mencionado hay una condición resolutoria, aunque no colocada dentro del segundo caso de pacto comisorio, de que trata la sentencia, pero sí colocada entonces dentro del primer caso, que es el contemplado en el artículo 1546, según la argumentación del Tribunal.

Pero el Tribunal afirma que el artículo 1546 no da acción contra terceros, sin que hubiera expuesto razones para esa conclusión. Y se va a examinar esta cuestión.

El artículo 1546 del C. Civil se refiere a todos los contratos bilaterales, y la compraventa está entre éstos. Y como para la compraventa hay disposiciones especiales, entre ellas las del pacto comisorio, se van a estudiar. Dice el artículo 1933 que la resolución por no haberse pagado el precio, da derecho contra terceros pero sólo de acuerdo con los artículos 1547 y 1548 del mismo Código Civil. El primero de estos textos se refiere a bienes muebles solamente; mas el artículo 1548, que trata de bienes raíces, dice: Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, sólo podrá resolverse la enajenación cuando la condición consta en el título respectivo, otorgado, por escritura pública registrada.

Del contrato Peláez-Franco dá razón una escritura pública en que consta una clara condición, y la escritura está registrada. Luego se está en presencia de lo preceptuado en los artículos 1933 y 1548 que se examinan. Que **conste** la condición, dice el artículo 1548, es decir, que no esté oculta, de manera que para quien lea la escritura no le quede duda de que allí hay una condición, porque se estipuló un plazo para el pago de parte o del todo del precio; que se vea a simple lectura que allí hay un evento manifiesto, de percepción inmediata.

La Corte está de acuerdo con estos principios, como puede verse entre otros fallos, el publicado en la GACETA JUDICIAL N° 1941, pág. 253.

Aplicando estos principios al caso del pleito, se tiene: Por escritura 476 de 9 de abril de 1926, Notaría 1ª de Armenia, debidamente registrada, Peláez vendió a Franco una finca de mejoras, en la cual se expresa que éste quedó debiendo a aquél parte del precio, con un plazo determinado. Por escritura 265 de 23 de marzo de 1927, Notaría de Calarcá, Franco le vendió a Manuel S., del mismo apellido, un inmueble delimitado casi al igual que aquella finca de mejoras, y en la cual escritura se dice que el inmueble en mención fue comprado a la Empresa de Burila por la escritura 116 de 21 de marzo de 1927, Notaría de Caicedonia. Pero acerca de esta escritura dice la sentencia del Tribunal que no figura en los autos, por lo cual "no puede aceptarse que en realidad José Miguel Franco sí hubiera sido o lo sea en la actualidad el dueño del terreno, en donde están plantadas las mejoras que le compró a Peláez por la escritura 476".

Por lo que se expresa, no cuenta aquí la escritura 116, que versa sobre un inmueble, y queda sólo en pie la escritura 476 que versa sobre una "finca de mejoras". Al contestar la demanda de casación que se examina, el apoderado de los demandados, después de afirmar que "mi poderdante quedó debiendo \$ 5.500 como parte del precio del contrato de compraventa de que trata la escritura 476, y los intereses en ella estipulados", expresa que su poderdante adquirió de la Empresa de Burila "el mismo lote de terreno por los linderos y donde están las mejoras de que trata la escritura citada N° 476". ¿Compró entonces Franco a Peláez una finca con mejoras o simplemente unas mejoras?. No es esta cuestión la que está sometida a casación. La realidad es que Ocampo y Henao compraron sendos lotes que provienen de la escritura 476, o que en ella tienen su fuente de dominio. Y esto basta para que los dichos Ocampo y Henao sean terceros ante el contrato Peláez-Franco, de donde provienen sus adquisiciones a través de Manuel S. Franco, comprador del otro Franco y vendedor de los lotes de aquellos terceros. En la demanda de casación dicen los opositores que Manuel S. Franco, Ocampo y Henao "tienen como antecesor jurídico a José Miguel Franco".

¿Pudieron los señores Ocampo y Henao imponerse de la condición del contrato Peláez-Franco?. El Tribunal parece disculparlos porque no se trataba de un pacto comisorio a que se refiere el artículo 1937 del C. C., a virtud del cual "por el registro público esos terceros tienen oca-

sión y manera fácil de saber qué acordaron los tradentes", según expresa la sentencia.

Por el Registro, pues, Ocampo y Henao tenían la manera fácil y la ocasión de imponerse de la condición que afectaba el dominio de lo que compraron, según la argumentación del Tribunal. ¿Y por no tratarse del pacto comisorio a que la sentencia se refiere, no interesaba a aquéllos examinar los antecedentes de sus negocios?. La más trivial previsión los obligaba a ese examen. El registro, que entre otras cosas para eso está instituido, les suministraba datos exactos sobre aquellos antecedentes. Un certificado del Registrador les hubiera dicho que sobre lo que ellos iban a comprar pesaba una condición viva, una deuda no pagada. Comprar inmuebles sin ese certificado es la más notoria imprevisión, que no puede abonar la buena fe que dá base a la absolución pronunciada por el Tribunal a favor de aquellos demandados, en los siguientes términos: La declaración hecha sobre resolución del contrato de que trata la escritura 476 "no afecta a los señores José J. Ocampo y Francisco Henao, porque dichos señores, como terceros adquirentes de buena fe, no están obligados a restituir las porciones de terreno y mejoras que adquirieron de Manuel S. Franco". Mas resulta claro que la condición resolutoria constaba en un título registrado, que daba acción contra terceros adquirentes que hacían derivar su derecho de ese título.

Lo dicho quiere decir que fueron violados los textos legales citados por el recurrente, por interpretación errónea, y que para casar la sentencia, en la parte recurrida, o sea en cuanto absolvió a Ocampo y a Henao, no hay necesidad de examinar los otros motivos de casación, según el artículo 538 del C. J.

La otra acusación de los opositores

Ya se vio atrás que el apoderado de los demandados presenta una acusación contra la sentencia para el caso de que no prosperen los motivos de casación de su demanda, y que en cambio prospere alguno de los formulados en la demanda de los actores. Y como ésto y aquéllo ha de cumplirse, se entra a examinar esa acusación condicional.

Dice el apoderado que hablando en nombre de Manuel S. Franco, a quien Henao denunció el pleito, y de Ocampo, acusa la sentencia "por error de derecho que consta evidentemente en los autos, y que consiste en apreciación errónea

de las pruebas relativas a la usucapión o prescripción adquisitiva ordinaria del dominio que en oportunidad alegaron mis mandantes y que el fallador consideró insuficientes para acreditarla". Y se dice que con ocasión de ese error se violaron los artículos 2512, 2513, 2518, 2527, 2528, 2529, 762 y 764 del C. Civil.

Manuel S. Franco, por quien aquí se habla, y quien contestó la demanda porque Henao le denunció el pleito, si propuso la excepción de que se trata; pero ella no fue propuesta por el demandado Ocampo, por quien también habla el apoderado en mención.

Mas pasando por alto esto, se tiene que el apoderado de los recurrentes afirma que éstos, "cuyo antecesor jurídico es José Miguel Franco, adquirieron con justo título, como puede verse en los hechos enunciados en esta demanda". Y los hechos que se dan por reproducidos para este caso y que se alegan como justo título, son:

a) Que por escritura 476 Peláez vendió a José Miguel Franco;

b) Que éste quedó debiendo a Peláez \$ 5.500 y sus intereses;

c) Que por escritura 116 el citado Franco compró a la Empresa de Burila el lote donde se hallan las mejoras compradas a Peláez;

d) Que José Miguel Franco vendió a Manuel S. Franco el lote comprado a la Empresa de Burila, en el cual se hallan las mejoras que José Miguel Franco compró a Peláez;

e) Manuel S. Franco vendió a Ocampo una parte de lo comprado a José Miguel Franco, y la otra parte la vendió a Henao.

De estos hechos resulta que unas adquisiciones versan sobre dominio de mejoras, y otras sobre dominio de un lote de terreno. La cadena titularia no es, pues, uniforme para que pueda invocarse como título que fundamente una prescripción. Esta sola consideración sería suficiente para que no prosperara la acusación de última hora.

Mas se debe observar también lo siguiente: en la cadena titularia que invocan los recurrentes, figura la escritura 116, que se puede llamar de Burila, que no fue traída a los autos, como lo expresó el Tribunal, y por lo cual éste no pudo considerar, según se dijo ya. Por donde se ve que este cargo no puede prosperar.

Sentencia

La Sala, como falladora, tiene que concretarse a lo relacionado con el llamado inmueble rural,

comprado en una parte por Ocampo, y en la otra por Henao.

En el numeral Cuarto de la sentencia del Tribunal se declara que la resolución del contrato no afecta a los compradores citados porque como terceros adquirentes de buena fe no están obligados a la restitución; y de acuerdo con la exposición que se ha hecho, este numeral debe ser revocado, para dar campo a una condena sobre restitución.

En el numeral sexto se condena a la parte demandada a pagar a la otra parte los intereses sobre los \$ 5.500 que a Peláez se le quedaron a deber; pero es natural que si el contrato se declara resuelto, y todos los inmuebles vuelven a poder de los actores, ya esta condenación carece de base jurídica, y debe revocarse también aquel numeral Sexto.

Sobre frutos, la sentencia del Tribunal hace, condena, pero sólo en relación con los inmuebles urbanos, pues como se ha visto, no decretó restitución de los dos lotes rurales; decretada ésta se debe extender la condenación de frutos a los dos inmuebles rurales.

En relación con lo que Ocampo y Henao deben restituir, es preciso hacer las siguientes aclaraciones:

Por escritura 476 varias veces citada, Peláez le vendió a José Miguel Franco "una finca de mejoras". Este Franco vendió a Manuel S. Franco "un lote de terreno de los de la Empresa de Burila", cuyos linderos son muy semejantes a los detallados en aquella escritura, pero sin que en esta venta se cite la escritura 476, ni se diga que lo vendido al último Franco provenga de lo comprado por José Miguel, sino que se dice que proviene de compra hecha a Julio Caicedo, apoderado general del Gerente de la Empresa de Burila. Por último, Manuel S. Franco vendió a Ocampo una parte del inmueble comprado a José Miguel, y la otra parte la vendió a Henao.

¿Lo llamado inmueble de Burila es lo mismo que Peláez vendió a José Miguel Franco bajo el nombre de "finca de mejoras"?

En la demanda se dice que José Miguel Franco vendió al otro Franco el inmueble de la situación y linderos transcritos en el numeral A) de la escritura 476; y que después Manuel S. vendió parte de ese inmueble A) a Ocampo y la otra parte a Henao. Y se pide en esa demanda que Ocampo y Henao restituyan los inmuebles detallados en la demanda, o sea, las partes del inmueble que Peláez vendió a Franco.

Al contestar la demanda, el apoderado de Henao afirma que éste compró el inmueble que aparece citado en el numeral 5º, de la demanda; y en este numeral se habla de parte del inmueble a que se refiere la letra A) de la escritura Peláez-Franco. El apoderado de Henao en su contestación no hace distinción ninguna entre mejoras y el inmueble donde ellas se encuentran.

Al contestar la demanda el apoderado de José Miguel Franco dice que lo vendido al otro Franco no fue lo comprado a Peláez sino lo que José Miguel Franco compró a la Empresa de Burila.

El apoderado de Ocampo, al contestar la demanda, nada dijo sobre el tema a estudio.

En la sentencia de primer grado no hubo oportunidad de estudiar el punto sobre si lo comprado por Franco a Peláez fueron simples mejoras, pues en tal sentencia se declaró probada una excepción.

Tampoco en la sentencia de segundo grado hubo oportunidad de estudiar ese punto a fondo, porque en ésta no se decretó la restitución de los dos lotes rurales; pero en su exposición expresó el Tribunal: la parte demandada sostiene "que la venta del terreno y las mejoras de que trata la escritura 265 citada se debió a que en un principio —1926— Franco compró a Peláez únicamente mejoras, y posteriormente, en 1927, por la escritura 116 de 21 de marzo del año citado, adquirió el terreno del doctor Julio Caicedo, como representante de la Empresa de Burila. Empero —sigue hablando el Tribunal— sucede que la citada escritura 116 no fue traída a los autos, y no puede aceptarse que Franco si hubiera sido o sea el dueño del terreno donde están las mejoras que compró a Peláez".

Como se ve, en instancias no se tomó resolución sobre la llamada "finca de mejoras" en la escritura Peláez Franco, y nada hay, por tanto, que jurídicamente modifique la estipulación de la escritura mencionada, ni que dé base para no aceptar las peticiones de la demanda.

Ya en casación al historiar el negocio, el apoderado de los demandados expresa, refiriéndose a la demanda de casación de la contraparte: "Cabe observar, para mejor comprensión del litigio, que lo vendido por Peláez a Franco no fue el lote de terreno donde tales mejoras se hallan, sino únicamente éstas"; afirmación accidental que se repite en la demanda de casación de los citados demandados, pero sin que esta distinción se hubiera presentado como motivo de casación, precisa-

mente porque de ella no se trató en la parte resolutive de la sentencia.

Resulta entonces que para establecer que lo comprado por Franco a Peláez no fueron sino mejoras, pues que el terreno fue comprado a la Empresa de Burila, se ha invocado una escritura que no se trajo a los autos, según lo expresó el Tribunal; y entonces queda por resolver este punto: ¿lo comprado por Ocampo y por Henao, se deriva del contrato Peláez-Franco, o proviene del llamado contrato Franco-Empresa Burila?

No queda duda que proviene del primer contrato. Así lo afirma el apoderado de los demandados en este pasaje de su demanda de casación: "Los demandados señores Manuel S. Franco, José J. Ocampo y Francisco Henao, cuyo antecesor jurídico es mi poderdante José Miguel Franco (éste es el comprador de Peláez), adquirieron con justo título, como puede verse en los comprobantes enunciados en los hechos de esta demanda" (La Sala subraya. Folio 28 v. Cuad. Nº 2). Lo que quiere decir que por línea directa las adquisiciones de Ocampo y de Henao provienen de lo vendido por Peláez a José Miguel Franco según escritura pública número 476 muchas veces citada.

De esta suerte, Ocampo y Henao son terceros vinculados al contrato Peláez Franco, que el Tribunal declaró resuelto, y deben sufrir las consecuencias de esa resolución, restituyendo los inmuebles, tal como se pide en la demanda y de acuerdo con los artículos 1933 y 1548 del C. Civil que ya se analizaron.

Por lo anotado, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de fecha quince de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, REVOKA los numerales Cuarto y Sexto de ella, y

RESUELVE:

1º—Los demandados José J. Ocampo y Francisco Antonio Henao deben restituir a la parte demandante, libres de gravamen, el primero el inmueble de que trata el punto D) de la demanda, y el segundo el inmueble de que trata el punto E) de la misma demanda, la cual fue presentada ante el Juez del Circuito de Calarcá el día 19 de noviembre de 1945.

El primero de los inmuebles está delimitado así, según la demanda:

"De un mojón de piedra que está en la esquina de un alambrado, a la orilla del camino que conduce a El Dorado, de aquí línea recta hacia abajo, a otro mojón que está al pie de un guamo; de aquí línea recta de para abajo, hasta un corbón (árbol) que está en el lindero de Gerónimo Giraldo o del vendedor; de aquí línea recta y de travesía hasta una quebrada, lindero con Gerónimo Giraldo; esta quebrada arriba al camino de El Dorado; por el camino en dirección a Génova, al primer punto de partida".

El segundo está alinderado así:

"De un mojón de piedra clavado en medio de dos písamos a orillas del río San Juan; de aquí en línea recta hasta medir dos cuadras donde hay un mojón de piedra; de aquí de para arriba hasta un árbol "cebo"; siguiendo de travesía hasta encontrar la punta de un corbón caído, lindando en todo este trayecto con predio de Gerónimo Giraldo; de aquí por el cañón de corbón hasta un mojón de piedra clavado a la raíz del mismo corbón; de este punto y siguiendo en línea recta hasta otro mojón de piedra clavado en el centro de una mata de platanilla; siguiendo en línea recta por la orilla del cafetal lindando con predio de José Joaquín Ocampo, hasta un mojón de piedra clavado a la orilla del camino de

El Dorado; siguiendo este camino hacia Génova hasta encontrar una aguita, por esta aguita abajo hasta encontrar un camino viejo que la atraviesa; de aquí siguiendo por la orilla de un potrero, lindando con propiedad de Ramón Hernández, hasta llegar al río San Juan; y río abajo, hasta el primer mojón, punto de partida".

Ambos inmuebles están situados en el Municipio de Génova, que antes fue Corregimiento de Calarcá.

2º—Lo dispuesto en el numeral Quinto de la parte resolutive de la sentencia mencionada, se extenderá a los inmuebles de que se trata en el número anterior.

Queda en pie lo demás de la sentencia del Tribunal, citada arriba.

Líbrese oficio al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Calarcá para que cancele la inscripción de las escrituras públicas números 554 de 11 de septiembre de 1938, de la Notaría 1ª de Calarcá; y 87 de 25 de enero de 1945, de la misma Notaría.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

**CUANDO ES NECESARIO LLEVAR AL JUICIO LOS CERTIFICADOS EXPEDIDOS POR EL REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS—
ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS — APRECIACION
CONJUNTA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE OBRAN EN UN JUICIO**

1—Los certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados no son sino elementos probatorios complementarios de los títulos sujetos a la solemnidad del registro, y la ley excepcionalmente exige su presentación en el ejercicio de cierta clase de acciones, como en las que versan sobre división de bienes comunes, embargo de bienes en ejecuciones o cuando por trámite especial se solicita la venta de la cosa hipotecada. No para los demás juicios, ni siquiera para el reivindicatorio.

2—La apreciación en conjunto de las pruebas que obran en el juicio la autoriza la ley, y no puede deducirse error de derecho porque, debido a esa apreciación global se llegue por el sentenciador a una conclusión a la cual no llevaría cada uno de los medios de prueba apreciados por separado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, enero veinticuatro de mil novecientos cincuenta y dos. o

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Eduardo Echeverri M. compró a don Ruperto Echeverri, un lote de terreno en el paraje denominado "Hoyo Grande", en jurisdicción del Distrito de Titiribí, según escritura 411 de agosto 8 de 1914, de la Notaría del Circuito de esa cabecera. La señora Valentina Peláez de Vélez, posee una finca colindante con la de Echeverri M. y utiliza la de éste, para "sacar animales y carga" al punto denominado "La Mesa", con lo cual —se afirma en la demanda— está cometiendo un atropello porque la heredad del último, no le debe servidumbre de tránsito a la finca de la señora Peláez, pues no hay ningún título que la establezca. Con el paso de los animales y la carga anotados, se han causado y se causan perjuicios de consideración a Echeverri M. en los pastos artificiales de los potreros por donde se hace el tránsito que son destruidos o se hacen inservibles para la alimentación de sus ganados.

Con fundamento en los hechos anteriores, Eduardo Echeverri M. demandó a la señora Valentina Peláez de Vélez, para que, previo el procedimiento ordinario de los Arts. 737 y ss. del C. J., se declare por el Juzgado Civil del Circuito de Titiribí en sentencia definitiva lo siguiente:

"A) Que la finca determinada bajo el numeral PRIMERO de este libelo no debe servidumbre de tránsito de ninguna clase al inmueble descrito por sus linderos bajo el numeral SEGUNDO del mismo libelo;

"B) Que la señora Valentina Peláez de Vélez, no puede personalmente, ni por interpuesta persona, transitar en forma alguna, ni conducir semovientes cargados ni sin carga por la finca de mi propiedad ya especificada en el cuerpo de esta demanda;

"C) Que la demandada señora Peláez de Vélez sea conminada para que no reincida en los actos que motivan la presente acción, y que se le condene a pagarme los perjuicios que me ha ocasionado con el tránsito por mi finca;

"D) Que debe pagarme asimismo las costas de este juicio".

Corrido el traslado de la demanda a la demandada, por medio de apoderado, la contestó negando algunos hechos y aceptando otros y oponiéndose a las declaraciones suplicadas y proponiendo algunas excepciones perentorias.

Falló el Juzgado del conocimiento no accediendo a las súplicas de la demanda, según sentencia de 1º de septiembre de 1944. Este fallo fue recurrido por el demandante en grado de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde tramitada la segunda instancia se profirió sentencia con fecha 21 de enero de 1947, confirmatoria de la de primer grado.

El Tribunal, como razones para la confirmación de la sentencia del inferior, da en la suya y en síntesis, las siguientes:

Que "la demanda tiende a desconocer la existencia de una servidumbre de tránsito por el predio del actor y a favor de la finca de la señora Peláez de Vélez. La servidumbre de tránsito es de las llamadas discontinuas y sólo puede adquirirse mediante título, sin que ni aún el tiempo inmemorial baste para constituirla (Arts. 881 del C. C. y 90 de la ley 95 de 1890)".

"Que Indalecio Flórez, Justiniano Montoya, Mariano de Toro y Sotero Escobar Vélez convinieron en poner fin a un pleito sobre servidumbre de tránsito que se ventilaba por motivo de diferencias entre los dos primeros con los señores de Toro y Escobar V., convenio que se protocolizó bajo la escritura 44 de 31 de agosto de 1857, otorgada ante el Escribano Público de Titiribí, cuya copia autenticada y con nota de registro se trajo a los autos.

"Que la finca de "Hoyo Grande" de Indalecio Flórez pasó a ser de propiedad de Ruperto Echeverri, según las escrituras 118 de 11 de septiembre de 1887 y 341 de 21 de marzo de 1911, pasadas ante el Secretario del Concejo Municipal de Titiribí y la Notaría del mismo lugar, respectivamente. Hecho éste reconocido por las partes y afirmado por varios declarantes. Que de la finca de "Hoyo Grande" se desmembró la que hoy es de Eduardo Echeverri M.; y por escritura 411 de 8 de agosto de 1914, cuya copia aparece en el juicio, Ruperto Echeverri G., vendió a Eduardo Echeverri M. el inmueble que se especifica en la demanda como de propiedad de éste.

"La identificación del terreno está establecida con el reconocimiento expreso de las partes, las inspecciones oculares practicadas por el Juzgado y el Tribunal y las declaraciones de varios depONENTES conocedores de la región.

"La finca del mismo paraje de "Hoyo Grande" que era de Mariano de Toro es la que hoy pertenece a la demandada señora Peláez de Vélez y antes fue de Domingo A. y Francisco M. Quijano. Está demostrado lo anterior con la hijuela N° 9 que se formó para la señora Peláez en la mortuoria de Francisco M. Quijano, con la escritura N° 83 de 14 de enero de 1936 de la Notaría Segunda de Medellín, con el reconocimiento de las partes, las inspecciones oculares del juicio y las declaraciones de Manuel Mesa, Carlos Mesa, Eleazar Londoño y otros".

Transcribe enseguida la sentencia, las partes

pertinentes del acta de inspección ocular que practicó el Juzgado y del pliego de posiciones absueltas por el demandado y analiza algunos testimonios, con el fin de entrar a determinar el rumbo o dirección que conforme a las escrituras que obran en el expediente, y especialmente, la 44 de 1857, debe seguir la servidumbre que existe en favor del predio de la demandada, relacionadas aquellas pruebas con la de inspección ocular practicada por el Tribunal en asocio de testigos y peritos, y allí se dice:

"Para determinar el rumbo o dirección que conforme a las escrituras que obran en el expediente y especialmente la 44 de 1857 debe seguir la servidumbre que existe en favor del predio de la demandada, se practicó por el Tribunal una inspección ocular en asocio de peritos. Esta prueba fue solicitada por la parte actora, quien designó para verificar el peritazgo al señor Manuel J. Posada. No estuvieron de acuerdo estos peritos y actuó como tercero designado por el Tribunal, por no haberlo hecho los dos principales, el ingeniero doctor Bernardo Naranjo López".

"Antes de hacerse referencia a las conclusiones de los peritos debe observarse que en la cláusula primera de la escritura 44 de 1857, transcrita antes, se habla de tres vías así: 1ª El camino que partiendo del alto de la Candela atraviesa por dichos terrenos (los de "Hoyo Grande" de propiedad de Indalecio Flórez y Justiniano Montoya) y va a la posesión de "Hoyo Grande" del señor Mariano de Toro por donde actualmente se transita". 2ª el que partiendo del mismo alto de la Candela atravesando los mismos terrenos va a la quebrada Sinifaná con dirección a los terrenos de Mermejo y Sabaletas. 3ª El que de las mangas de la Candela de Escobar baja por donde Antonio Bustamante y atravesando por los precitados terrenos se junta con el anterior un poco abajo de las partidas para el Cauca".

"El rumbo indicado en la cláusula transcrita para el segundo de los caminos es el punto de controversia. Para el actor esa vía recorre la finca de "Hoyo Grande" que fue de Ruperto Echeverri y antes de don Indalecio Flórez, pero no por la parte que segregada de esa propiedad que posee hoy dicho demandante y que hubo, por compra al citado Ruperto Echeverri. Para la demandada la senda que actualmente transita y que va de su finca hacia la estación "Tulio Ospina" atravesando el predio del actor, es precisamente

la que corresponde, al segundo camino de la cláusula transcrita”.

“Conforme al Art. 884 del C. C., dividido el predio sirviente no varía la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquel o aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía. Así, los nuevos dueños del predio que goza de una servidumbre de tránsito, no pueden exigir que se altere la dirección, forma, calidad o anchura de la senda o camino destinado a ella”.

“El demandante sostiene, como queda dicho, que el dueño del predio dominante ha variado el rumbo o dirección de la servidumbre porque conforme a la letra de la escritura N° 44 el segundo camino de que habla la cláusula primera no afecta su propiedad, sino que pasa por predios que fueron también de Ruperto Echeverri, sucesor en el dominio de don Indalecio Flórez, y que hoy pertenecen a don Roque Echeverri y otros”.

El sentenciador transcribe partes de los dictámenes periciales; la declaración de Rafael Antonio Lalinde rendida en el acto de practicarse la inspección ocular por el Tribunal y concluye para fallar:

“Es cuestión fuera de duda que en la acción negatoria de servidumbre toca al demandado comprobar la existencia del gravamen que el demandante desconoce y niega. Los predios se presumen libres de toda carga. Así, pues, si el actor afirma que su finca no debe servidumbre a la del opositor, éste no puede esperar un fallo favorable si no presenta en el juicio el título constitutivo del gravamen, conforme al cual resulte que sobre la propiedad del demandado pesa dicha carga”.

“En este juicio la parte opositora ha presentado el respectivo título de constitución de la servidumbre de tránsito cuya existencia se controvierte, y del estudio que de él como de las otras probanzas ha hecho el Tribunal, ha llegado a una conclusión desfavorable al demandante.

“En efecto:

“Existe desde hace más de 35 años el camino que actualmente utiliza la finca de la demandada para salir a la estación “Tulio Ospina”, pasando por la propiedad del actor. Esa vía tiene señales que demuestran su antigüedad. Es verdad que algunos testigos afirman que los anteriores dueños del inmueble que es hoy de la señora Peláez de Vélez solicitaban permiso para transitar por allí, pero al ser interrogados manifiestan que no pueden precisar la fecha en que lo pedían, alguno afirma que esto ocurría hace 35 años”.

“Dadas las considerables dimensiones que tenían las fincas en la época de la constitución de la servidumbre, no es aceptable que el paraje “Mermejo” o “Bermejo” fuera de las reducidas proporciones de lo que supone el perito Ocampo. Por esta circunstancia es razonable considerar que el inmueble de ese nombre llegaba hasta la desembocadura de la Sinifaná en el Cauca”.

“No es admisible que el paraje Sabaletas sea la hacienda que con ese nombre pertenece hoy a la sociedad del Zancudo, por quedar este punto bastante retirado y en dirección opuesta al de Mermejo o Bermejo.

“Es verdad que la servidumbre segunda de la escritura N° 44 de 1857, por el rumbo que le trazan Naranjo López y Posada atraviesa no sólo los predios de los constituyentes, al principio y en la parte final, sino también una de las heredades en cuyo favor se establece. Pero como el gravamen se constituyó en favor de los predios de los señores de Toro y Escobar, es explicable que se hubiera trazado la vía tomando también terrenos del primero, para que de ella pudiera servirse la finca de Escobar.

“Conforme a lo títulos que a última hora presentó la parte demandante, el camino señalado por el perito Ocampo como correspondiente a la segunda servidumbre, y que el actor considera el rumbo fijado en la escritura de constitución, baja a la Sinifaná por terrenos que en 1887 eran del Pbro. José Miguel Vélez. Y no puede admitirse porque no es razonable, que los constituyentes hubieran gravado como propios predios ajenos”.

“Es verdad que si se trazara un línea recta desde el alto de la Candela, al punto en que la Sinifaná desemboca al Cauca, el predio de la demandada quedaría al occidente y alejado de esa línea.

“Pero debe atenderse a la circunstancia de que tratándose de un terreno escarpado, el camino que haya de cruzarlo, aunque se diga que lleva una dirección recta, tiene que acomodarse a la topografía del suelo y girar a veces en recodos buscando los puntos transitables. Por esta razón no es valedero el argumento de que la servidumbre de que se trata no lleva una dirección recta”.

El recurso

De la sentencia del Tribunal de Medellín, recurrió en casación el demandante, y encontrándolo

se legalmente terminada la actuación ante la Sala, se procede a decidir el recurso.

Con apoyo en la causal primera del Art. 520 del C. J., el apoderado del demandante recurrente, formula tres cargos contra la sentencia recurrida, los que se estudian en el orden en que han sido presentados.

Primer cargo. Este cargo en síntesis consiste, según las propias palabras del recurrente, en que: "al estimar el H. Tribunal el documento de folio 51 ss. del C. N° 1 —escritura pública N° 44 de 31 de agosto de 1857— como prueba de la servidumbre, incurrió en error de derecho, pues según los aa. 597 y 636 del C. J., no debió estimar".

Subsidiariamente, se alega: "error de hecho manifiesto en los autos, por no haber parado mientes en la circunstancia objetiva de que aquella prueba apareció en el juicio en forma no prevista en el citado a. 597, o lo que es lo mismo, por haber creído que había llegado a hacer parte en los autos en la forma legal".

Como disposiciones infringidas, cualquiera que sea la especie del error cometido, se citan los aa. 597 y 636 del C. J.; el 9° de la ley 95 de 1890; 160 y 1857 inciso segundo del C. C.; 2577 ibidem; 756, 760, 2637 ordinal primero, 2652 ordinales 1° y 4° C. C., 1760, 2673, 2675 C. C. y 630 inciso 2° del C. J.

El recurrente hace el resumen del cargo así:

A) Bien por haber estimado el sentenciador el documento que reza su copia de la escritura N° 44, de 31 de agosto de 1857, como si hubiese entrado a formar parte del proceso de acuerdo con las prescripciones de la ley; bien por haberlo estimado como prueba supletoria, como si no existiera el protocolo de la Notaría, correspondiente al tiempo comprendido entre 1855 y 1860, el juzgador incurrió en error de derecho, o en error de hecho, alegado el último en subsidio, con la violación de los textos legales citados".

"B) Sin el error cometido, el Tribunal no habría hallado probada la servidumbre, derecho real inmueble, limitación del dominio que requiere prueba plena, y en este caso, no sólo no la hay plena, sino que no existe de ninguna clase".

"C) Donde la ley pide escritura pública-ad-solemnitaten-, no hay forma de suplirla. Los demás medios de prueba sirven para establecer en juicio la existencia de servidumbres que pueden imponerse por prescripción, pero no para probar las que requieren título como ésta que se dice impuesta mediante una escritura pública y cuya

demostración legal no puede lograrse sino por medio de esa escritura pública; y

"D) Por lo mismo, sin la prueba de la servidumbre, y prueba plena ha de ser, debe infirmarse el fallo necesariamente".

Se considera:

La copia de la escritura 44 de 31 de agosto de 1857, otorgada ante el Escribano Público de la Parroquia de Titiribí, vino a los autos así: el apoderado de la demandada señora Valentina Peláez de Vélez, pidió dentro del respectivo término de prueba, entre otras, que se tuviera como tal, "la copia de la citada escritura, si previo exhorto al Notario del Circuito para que expidiera la correspondiente copia, éste no lo hiciera por no hallarse en esa Notaría la escritura matriz". El juzgado del conocimiento admitió la prueba y dispuso tener en cuenta "en cuanto a su valor legal la copia de copia de la misma, que se acompañó a la petición", y los sentenciadores de instancia la tuvieron en cuenta para decidir la controversia y dedujeron de ella, la existencia del título de la servidumbre que impugna el recurrente.

De la relación anterior, se deduce claramente, que la escritura pública 44 citada, fue incorporada a los autos mediante el proceso legal señalado por el C. J. para producir, como prueba esta clase de instrumentos públicos. El Art. 630 del nombrado Código, consagra un procedimiento exceptivo al indicado en el 636 ibidem, para las escrituras públicas; así la primera disposición se refiere a la manera como aquéllas deben presentarse en juicio, para ser estimadas como prueba, pero ella no priva al juzgador de la facultad de apreciar su contenido, de conformidad con las prescripciones de la ley sustantiva.

Así las cosas, y siendo el principal y único resorte del cargo, la afirmación de que aquella escritura no llegó al juicio en ninguna de las oportunidades indicadas por la ley, puesto que apareció con el memorial de pruebas de la demandada, y no como lo dispone el Art. 636 del C. J., es indiscutible que el sentenciador al apreciar, como apreció el instrumento referido lo hizo teniendo en cuenta el principio exceptivo consagrado por el artículo 630 citado, que autoriza la estimación como prueba de las escrituras públicas, "cuando han sido presentadas por las partes en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la no-

ta de haberse hecho el registro en la forma debida". Con lo cual no incurrió en los errores de derecho ni de hecho que le imputa el recurrente. En tal virtud se rechaza el cargo.

Segundo cargo. En subsidio del primero, alega el recurrente este cargo, el cual en síntesis consiste en lo siguiente:

Que la demandada afirma en su calidad de sucesora del señor de Toro, que el fundo a que se refieren la hijuela y la escritura N° 83, goza de servidumbre de tránsito impuesto por el instrumento 44 citado, y esta afirmación contempla dos extremos:

"1.—Que tiene la propiedad a que se trae la hijuela y la escritura citadas; y 2° que dicha finca goza de servidumbre de tránsito sobre el predio del actor. "La propiedad y la servidumbre, son dos derechos distintos, individualizados y de vida propia, de dominio, el uno, definido por el art. 669 del C. C.; de servidumbre, limitación de la propiedad raíz, el otro, definido en el art. del mismo Código".

Que en el presente caso, la parte demandada no ha probado ni lo uno ni lo otro, porque los títulos de propiedad del fundo llamado dominante, que ha invocado, y el título de constitución de la servidumbre, que ha deducido, no aparecen acompañados o complementados con el certificado del registrador que exige el Art. 635 del C. J.

"No habiendo sido presentados los certificados de que trata dicho precepto, no se sabe si los registros de los títulos de propiedad de la demandada y de constitución del gravamen en relación con este último en la hipótesis que hubiese formado parte del proceso por la vía legal, han sido cancelados o no por alguno de los medios previstos en el Art. 789. Puede ser que subsistan ambos, o sólo uno o ninguno.

"En consecuencia, no ha probado la demandada ni el derecho de propiedad sobre el fundo que ha llamado "dominante", ni el derecho real de servidumbre a favor del mismo sobre el inmueble del actor, **siendo entendido que la falta de certificado en relación con los títulos de cualquiera de dichos derechos, deja su pretensión sin prueba en este proceso.**

"Al no exigir los correspondientes certificados incurrió el juzgador en error de **hecho**, manifestado en los autos, si por pasar inadvertida la ausencia de ellos, dió valor a los títulos, como si figurasen los certificados; o de **derecho**, que alego en subsidio, si atribuyó aquel valor, considerando

que los certificados no eran menester en dicho caso".

Estima el recurrente como infringidos directamente, por no aplicarlos, los Arts. 635 del C. J. y 789 del C. C. e indirectamente los Arts. 669 y 879 del C. C. y los citados en el aparte 14) de la demanda de casación.

Se considera:

En la sentencia objeto de la impugnación, el Tribunal calificó como negatoria de una servidumbre de tránsito la acción incoada, y aceptó que la demanda tiende a desconocer la existencia de esa servidumbre por el predio del actor y a favor de la finca de la señora Peláez de Vélez, demandada; que la servidumbre de tránsito, como discontinua que es, sólo puede adquirirse mediante título y sin que aún el tiempo inmemorial baste para su constitución.

La sentencia contiene la relación de los títulos que obran en el expediente, a partir del pacto que recoge la escritura 44 de 1857 e incorpora en esa relación los instrumentos públicos 118 de 11 de septiembre de 1877 y 341 de 21 de marzo de 1911, pasados ante el Secretario del Concejo Municipal de Titiribí, y 411 de 8 de agosto de 1914, instrumentos que halló debida y legalmente registrados, para dejar constancia que: la finca "Hoyo Grande" que pertenecía a Indalecio Flórez pasó a ser propiedad de Ruperto Echeverri y de la cual se desmembró la que hoy es de Eduardo Echeverri M., —demandante—; que por el último de los instrumentos citados el primero de los nombrados vendió al segundo, el inmueble que se especifica en la demanda, y que coordinados los hechos que con tales pruebas se demuestran con los que se acreditan con las pruebas testifical y la de inspección ocular y pericial, practicadas en la primera y segunda instancias, queda a su vez demostrada la identificación del terreno en referencia, así como que la finca del mismo paraje de "Hoyo Grande" que era de Mariano de Toro es la que pertenece hoy a la demandada Peláez de Vélez, que antes fue de Domingo A. y Francisco M. Quijano, con la hijuela N° 9 que se formó para la señora Peláez de Vélez en la mortuoria del último de los nombrados, protocolizada bajo la escritura 83 de 14 de enero de 1936 de la Notaría Segunda de Medellín. Todo lo cual quiere decir, que el Tribunal en su sentencia tomó globalmente todas aquellas pruebas para dar

como demostradas las bases de la defensa de la demandada: la existencia del título constitutivo de la servidumbre y la propiedad tanto del fundo dominante, como la del sirviente.

La ausencia en el proceso de los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en los cuales debía constar: el hecho de no haber cancelado el registro correspondiente a las escrituras contentivas de la hijuela en la sucesión de Francisco M. Quijano —83 de 14 de enero de 1936— y 44 de 1857— por ninguno de los medios indicados en el Art. 789 del C. C., no alcanza a determinar la infirmación del fallo recurrido porque como lo tiene aceptado la Corte, tales documentos no son sino elementos probatorios complementarios de los títulos sujetos a la solemnidad del registro, y la ley excepcionalmente, exige su presentación en el ejercicio de cierta clase de acciones, como en las que versan sobre división de bienes comunes, embargo de bienes en ejecuciones o cuando por trámite especial se solicita la venta de la cosa hipotecada. No para los demás juicios, ni siquiera para el reivindicatorio. En este sentido pueden consultarse las sentencias de casación de 26 de febrero de 1936, 25 de junio de 1942, 25 de febrero de 1945 y 16 de noviembre del año próximo pasado.

En consecuencia, se declara inadmisibles este cargo.

Tercer cargo. El recurrente impugna el fallo del Tribunal de Medellín, en defecto de los cargos anteriores, que se han dejado estudiados, por error de hecho, o de derecho en subsidio, en la apreciación de algunos testimonios aducidos en las instancias por las partes, así como en la de la prueba pericial. El resumen de este cargo se hace en la demanda de casación así:

“Si no hubiese incurrido el Tribunal sentenciador en dicho error, no habría hallado identificación alguna entre la servidumbre segunda de la escritura y el camino que ha dado en usar la demandada para comunicar su finca con la estación “Tulio Ospina”, y en consecuencia no habría hallado la prueba (en el supuesto de que hubiese títulos) de una limitación de la propiedad inmueble.

El juzgador incurrió en los errores anotados en la estimación de las pruebas así:

1º—Del pretendido título (escritura N° 44) y de las declaraciones mencionadas en el punto I de este cargo, con la infracción de los a. 9º de la ley 95 de 1890, 760, 1857, inciso 2º, 2577, inciso 2º, y 1759 del C. C. y 698 del C. J., tal como

se expone en el N° 31; 2º.—De los testimonios aducidos por el actor, en la primera y en la segunda instancia, con quebrantamiento de los mismos preceptos, según queda dicho en el capítulo 2º y 3º.—De los conceptos periciales de los expresados señores Posada y Naranjo López, con la violación del Art. 722 del C. J. como se explica en el capítulo III”.

Se considera:

Ya se vio cómo los sentenciadores de instancia calificaron la acción que motiva la presente controversia, como negatoria de una servidumbre de tránsito, calificación aceptada por los interesados en el juicio, y tiende a impedir que la demandada continúe en el uso de todo camino que afecte el inmueble del demandante, descrito en la demanda, por carencia de título para hacerlo y falta de determinación en éste de aquel camino.

Asimismo, estudió el sentenciador, la cuestión relativa a la demostración en el proceso de la propiedad del predio dominante y la del sirviente y la relativa a la existencia del título constitutivo de la servidumbre. Y con el objetivo de fijar, o mejor dicho, identificar el rumbo o dirección que conforme a las escrituras públicas que obran en el expediente, particularmente la 44 de 1857, debe seguir la servidumbre existente a favor del predio de la demandada, analizó prolijamente las pruebas aducidas por las partes con este fin y de ese análisis dedujo que, la demandada tiene todo el derecho para continuar en el uso de la servidumbre, cuyo rumbo o dirección lo constituye el indicado en la cláusula segunda del instrumento mencionado, para el segundo de los caminos allí señalados. Para llegar a esta última conclusión, el sentenciador usó del proceso de confrontación, autorizado por la ley, de las pruebas concurrentes de inspección ocular, propiamente dicha, dictamen pericial correspondiente, testifical y absolución de posiciones por parte del demandante, con las escrituras públicas que obran en los autos, muy particularmente, con la tantas veces citada 44 de 1857.

En otros términos, el Tribunal estimó en globo, relacionándolos, todos aquellos elementos probatorios, y como era obvio, los hizo producir efectos probatorios distintos de los perseguidos por el recurrente en su impugnación aislada de la apreciación de cada uno de esos elementos, con el criterio circunstancial de estimación de

las pruebas y con olvido del objetivo y naturaleza del recurso extraordinario de casación.

Así por ejemplo, el reparo formulado a la prueba testifical, en cuanto el sentenciador desconoció tales testimonios, está concebido en aquel sentido, sin tener en cuenta que el análisis detallado de las pruebas, "en tesis general corresponde exclusivamente a los sentenciadores de instancia, porque los detalles accidentales sobre que versan las tachas del testimonio son cosas de la libre apreciación de los jueces".

Ahora bien, la falta de estimación o ausencia de aquella probanza entre los elementos que tuvo en cuenta el juzgador, no lo colocó en la situación de formarse un errado concepto de la realidad procesal, que en forma evidente y manifiesta, esté en discrepancia con la apreciación de la entidad sentenciadora. Pero es más, aun dando por aceptada la existencia del error u omisión, anotados en la demanda de casación a la sentencia, no habría lugar a su infirmación, por aparecer el hecho de la singularización o identificación del rumbo o dirección de la servidumbre de tránsito establecida a favor del predio de la demandada acreditada con el resto de las pruebas apreciadas en conjunto en el fallo, y no tener el error alegado entidad suficiente para producir la convicción plena de que en la realidad existe, o sea un error consistente en la afirmación o negación inexacta de un hecho alegado en el juicio.

Lo propio acontece con el reparo formulado al dictamen pericial. La apreciación que de él se hizo en la sentencia, no funciona aisladamente,

sino que opera en concatenación con la inspección ocular propiamente dicha, examen "propio visus" que hizo el juzgador del rumbo o dirección del camino por donde se ejercita la servidumbre de tránsito, con la prueba testifical, teniendo como punto de recaro las sendas señaladas en la escritura 44 de 1857. En tal virtud, mal pudo formarse el sentenciador un "mal juicio" sobre la determinación del verdadero camino, servidumbre de tránsito a que alude la cláusula segunda del pacto que recoge el instrumento público antes citado —segundo de los allí señalados— que lo pusiera en evidente y manifiesta discrepancia con la realidad procesal.

No hay, pues lugar a la admisión del cargo y se rechaza.

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 21 de enero de 1947, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Con costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente en la debida oportunidad al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas — Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE RENTA VITALICIA — EL REGISTRO QUE SE HAGA CON POSTERIORIDAD AL FALLECIMIENTO DE LA PERSONA DE CUYA EXISTENCIA PENDE LA DURACION DE LA RENTA, NO CONVALIDA ESTE CONTRATO QUE, POR MINISTERIO DE LA LEY, YA HABIA DEVENIDO NULO — LA ERRÓNEA INTERPRETACION DE UN CONTRATO CONFIGURA ERROR DE HECHO

1—En constante jurisprudencia que data de más de medio siglo, ha sostenido la Corte que “los errores en que pueda incurrir el Tribunal al interpretar un contrato o convención entre las partes, de acuerdo con su contexto y con la materia sobre la cual se ha contratado, y en la apreciación relativa a la intención de las partes en las cláusulas de un contrato, son errores de hecho que no dan cabida al recurso de casación sino cuando se alegan dichos errores, y éstos constan de un modo evidente” o manifiesto en los autos.

“La interpretación de un contrato es, por lo demás, una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probatoriamente establecidos en el juicio, de tal modo que no es posible desestimar la hecha por el Tribunal sino a través de la alegación de un error evidente de hecho que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes” (Casación octubre 15 de 1898, Tomo XIV, pág. 52; 15 de diciembre de 1911, Tomo XX, pág. 36; 9 de diciembre de 1909, Tomo XIX, pág. 148; 18 de mayo de 1943, n. 1996, pág. 298).

2—La Corte no puede variar oficiosamente el concepto en que por el recurrente en casación se propone un cargo para considerarlo por otro no invocado.

3—Según se desprende de las disposiciones pertinentes del Código Civil son requisitos esenciales en la constitución de renta vitalicia, los siguientes: que el contrato se otorgue por escritura pública (art. 2292); que sea aleatorio y a título oneroso (art. 2287); que la pensión consista en dinero (art. 2290) y que haya precio para percibirla (arts. 2290 y 2291).

4—El contrato de renta vitalicia, por disposición especial de la ley es nulo en el caso de que no llegue a perfeccionarse antes de que ocurra el fallecimiento de la persona de cuya existencia pende la duración de la renta. Si por falta de la tradición o entrega del inmueble antes de aquel suceso, el contrato no se perfecciona, el registro de la escritura que lo contenía, hecho con posterioridad a la muerte de esa persona, no puede tener la virtualidad de convalidar un acto que por ministerio de la ley había devenido nulo.

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

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

Por lo tanto, para destruir el concepto del Tribunal, no basta atacar por interpretación equivocada, o por violación directa, por falta de aplicación, o por aplicación indebida de la ley, sino que hay que ir más al fondo, demostrando error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas en que el Tribunal se ha fundado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, enero veinte y ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Alejandro Ospina Ospina y Jorge Ignacio Gómez Moreno hablando por medio de apoderado y en condición de "representantes de la sucesión del Presbítero Alejandro Ospina Ríos" propusieron ante el Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá demanda ordinaria contra la Comunidad o Congregación de Padres Lazaristas en Colombia, representada por el R. P. Martiniano Trujillo, para que se declare que es nulo, o en subsidio, inexistente por no haberse perfeccionado el contrato que contiene la Escritura Pública número 1148 de 4 de mayo de 1943, de la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá, por medio de la cual el Dr. Ospina Ríos transfirió a la nombrada Comunidad, a título de renta vitalicia, el dominio y posesión del inmueble que en ese instrumento se describe, y para que se hagan las consecuenciales declaraciones sobre restitución, condena de frutos y cancelación de la Escritura y su registro.

Como hechos fundamentales de la demanda se alega que Ospina Ospina es heredero de Ospina Ríos, y que el contrato mencionado es nulo o no llegó a tener existencia legal, por cuanto que el segundo de los citados falleció antes de que se hubiera verificado la inscripción en el registro de la escritura referida.

Tramitado el juicio con oposición del demandado, el Juez del conocimiento sentenció acogiendo en un todo la petición principal y las consecuenciales.

Los demandados apelaron y el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del recurso, lo decidió en sentencia de 3 de febrero de 1948, por la que confirmó la apelada en todas sus partes.

En la motivación de ese fallo el sentenciador estimó que el contrato a que el pleito se refiere es el de constitución de renta vitalicia, cuyas condiciones puntualiza y considera que las reúne, y después de transcribir el contenido de los artículos 2292 y 2293 del C. C. dice:

"De los términos de las disposiciones anteriores se deduce, que el contrato de renta vitalicia no puede constituirse o hacerse, so pena de nulidad, sino por escritura pública, con el entendido de que no quedará perfeccionado o constituido el acto sino por la entrega del precio, o en su caso, por la tradición inscrita del debirentista del inmueble que ofrece transferir aquél en cuyo favor se constituye la renta o pensión y así es ésto, porque el contrato en cuestión es siempre solemne sean cuales fueren los bienes en que consiste el precio de la renta; y lo segundo, porque es regla indeclinable en nuestro Código Civil que la tra-

dición de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título respectivo en los libros del Registrador de Instrumentos Públicos correspondientes. Solamente registrada la escritura cuando el precio de la renta consiste en un inmueble, queda satisfecha la entrega y cumplido el artículo 2292 del C. C.

"Pero ocurre, en el caso de autos, que la entrega del precio de la renta, es decir, la tradición del inmueble sólo se efectuó después del fallecimiento del señor Ospina Ríos, sucediendo entonces que por imperativo legal el contrato vino a ser absolutamente nulo: "Es nulo el contrato si antes de perfeccionarse muere la persona de cuya existencia pende la duración de la renta". "Y no se perfeccionará el contrato sino con la entrega del precio", son disposiciones civiles que no admiten distinguos de ninguna clase.

El demandado ha recurrido en casación y en la oportunidad de rigor, ha propuesto contra la sentencia, invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, los cargos que en seguida se resumen y estudian:

Primer cargo. Aquí se ocupa el recurrente en destacar ante todo las condiciones que a su juicio legalmente debe reunir el contrato de renta vitalicia y en afirmar que cuando falta una de ellas como la de que la pensión consista en una suma de dinero cierta y determinada, aunque participe de las otras, al contrato no puede dársele aquella calificación, sin que por ello deje de tener validez, siempre que de otro lado reúna los demás requisitos exigidos para las convenciones en general. Luégo, fijando su atención en el que es materia del pleito, dice que esa es una convención sinalagmática, en que el adquirente del inmueble se comprometió a pagar al enajenante "una renta determinada" y a efectuar otras prestaciones que puntualiza; que dada esa combinación de prestaciones, el contrato sale del ámbito de las regulaciones propias del de renta vitalicia, para colocarse en la esfera correspondiente a los contratos comunes, que por carecer de nombre especial, se rige por las disposiciones generales; que la causa determinante de la enajenación que hizo Ospina Ríos, radica en el conjunto de obligaciones que adquirió la Comunidad y no se reduce a la sola percepción de la renta; que la nulidad se ha pedido con base en los principios legales concernientes al contrato de renta vitalicia, pero que no tratándose aquí de uno de esa naturaleza, salta a la vista que el Tribunal

incurrió en violación de la ley sustantiva. Por último, concreta así su acusación:

“Por cuanto el Tribunal sentenciador, en presencia del contrato materia de la acción de nulidad, le atribuye equivocadamente la significación jurídica de **convención de renta vitalicia**, siendo así que el conjunto de sus estipulaciones lo reviste de otra naturaleza incurrió en error de derecho en la apreciación e interpretación de tal contrato, error que lo llevó a aplicar indebidamente al caso del pleito los artículos 2287, 2290, inciso 2º; 2292, 2293 del Código Civil, así como el artículo 1746 de la misma obra, y a dejar de aplicar, en cambio, los artículos 1502, 1602, y 1603 del citado Código.

“Porque si hubiera tenido en cuenta este segundo orden de disposiciones y fijándose, además en que el contrato de renta vitalicia posee peculiaridades inconfundibles de que no participa el controvertido, habría concluido necesariamente en aceptar que éste entraña una **simple enajenación de bienes**, o bien raiz, a cambio de prestaciones de diversa índole, por parte del adquirente, enajenación o venta regulada por las disposiciones generales de los contratos; por lo tanto, válida, porque para su perfección no necesitaba más que la escritura pública otorgada con las formalidades legales.

“No se celebró un contrato real que requiriera la tradición para entenderse perfeccionado. Se trató de un contrato consensual, solemne, bilateral y conmutativo, aun cuando tenga alguna prestación aleatoria, lo cual es insuficiente, de por sí, a darle la fisonomía de **contrato aleatorio de renta vitalicia**”.

Segundo cargo. Sostiene el recurrente que el registro tardío de una escritura pública de enajenación de inmueble, retrotrae a la fecha de aquélla la posesión legal de éste y que “aun cuando fuese fundado el aserto del Tribunal, de que el acto acusado es un típico contrato de renta vitalicia, el registro de la escritura con inmediata posterioridad a la muerte del tradente, **no pudo anularlo** por aplicación del artículo 2293 del C. C., porque el acto adquirió vida jurídica con el otorgamiento de la escritura, a lo cual se añadió la entrega inmediata del inmueble, y días después la tradición legal que tuvo el efecto de situar, desde el otorgamiento del título, lo enajenado en el patrimonio del adquirente. Con lo cual, cumpliéndose a cabalidad el requisito de la **entrega del precio** desde el otorgamiento de la escritura”.

Después dice:

“Al negarle el Tribunal toda su fuerza y eficacia legal al registro de la escritura en que consta el acto acusado (la número 1148, de 4 de mayo del año 43) tan mencionada antes, incurrió en error de derecho que lo condujo a violar directamente por falta de aplicación, las siguientes disposiciones del Código Civil: 740, 742, primer inciso, 743, primer inciso, 745, 746 y 2674, relativos a la tradición de derechos reales sobre inmuebles. Y nuevamente violó por indebida aplicación y errónea interpretación los artículos 2292, segunda parte, y 2293, primera parte”.

Tercer cargo. Expresa el recurrente que el Tribunal prohibió la tesis del Juez de condenar al demandado a restituir el inmueble como poseedor de mala fe, la que desprenden de que el título vino a registrarse con posterioridad a la muerte del Presbítero Ospina Ríos; que esa circunstancia fue ajena e inesperada para la Comunidad, y no la hace incurrir en mala fe; que el justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe, y que el sentenciador al confirmar el concepto del inferior en ese punto “quebrantó en forma clara, de manera directa, por **falta de aplicación**, los artículos 768 y 769 del Código Civil. Y por **aplicación indebida**, el artículo 768, en su último inciso, que dice que el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, y además el artículo 964, del mismo estatuto, en sus dos primeros incisos”.

Se consideran los cargos en el orden en que han sido resumidos y propuestos.

1º—En constante jurisprudencia que data de más de medio siglo ha sostenido la Corte que “los errores en que pueda incurrir el Tribunal al interpretar un contrato o convención entre las partes, de acuerdo con su contexto y con la materia sobre la cual se ha contratado, y en la apreciación relativa a la intención de las partes en las cláusulas de un contrato, son errores de hecho que no dan cabida al recurso de casación sino cuando se alegan dichos errores, y éstos constan de un modo evidente” o manifiesto en los autos.

“La interpretación de un contrato es, por lo demás, una cuestión de hecho, una estimación circunstancial, de factores diversos probatoriamente establecidos en el juicio, de tal modo que no es posible desestimar la hecha por el Tribunal sino a través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto inquestionablemente una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes”.

(Casación octubre 15 de 1898, Tomo XIV pág. 52; 15 de diciembre de 1911, Tomo XX, página 36; 9 de diciembre de 1909, Tomo XIX, pág. 148; 18 de mayo de 1943, G. J. N° 1996, pág. 298).

En el caso de autos, el sentenciador, cumpliendo una función que le es propia, calificó el contrato que es materia del litigio como de renta vitalicia, y como el recurrente acusa expresamente esa apreciación por "**error de derecho**", siendo así que ella constituye una cuestión de hecho, la acusación resulta ineficaz, pues la Sala, como es obvio, no puede variar oficiosamente el concepto en que se propone.

Además, según se desprende de las disposiciones pertinentes del Código Civil, son requisitos esenciales en la constitución de renta vitalicia, los siguientes: que el contrato se otorgue por escritura pública (art. 2292); que sea aleatorio y a título oneroso (art. 2287); que la pensión consista en dinero (art. 2290) y que haya precio para percibirla (Arts. 2290 y 2291).

En el caso de autos se reúne la plenitud de todos esos requisitos: el contrato se celebró por medio de la Escritura Pública N° 1148 de 4 de mayo de 1943 corrida en la Notaría 3ª de Bogotá; es oneroso y hubo precio porque la Comunidad eclesiástica se obligó a pagar una pensión en cambio del inmueble que debía recibir del Presbítero Ospina Ríos; es aleatorio por cuanto la obligación resultante de la pensión que corría a cargo de la Comunidad estaba condicionada al hecho incierto de la duración de la vida del citado presbítero, y la pensión mensual estipulada fue en dinero, porque la Comunidad se obligó a pagar al Presbítero "una pensión o renta vitalicia mensual equivalente al producto líquido de los frutos de la casa número 9-68 de la calle 63, Barrio de Chapinero" y un inmueble de esta naturaleza lo que produce son frutos civiles (art. 717 ibidem) que consisten en dinero. No era de otra especie la prestación que sobre el particular imponía el contrato al debirentista, y aunque su cuantía no estaba determinada, sí era como se deduce de los términos del pacto, fácilmente determinable.

Y no desvirtúa la esencia del contrato de que se viene hablando, la circunstancia de que la Comunidad eclesiástica se hubiese comprometido además a aplicar una misa diaria, a celebrar un funeral anual por el alma del Presbítero Ospina Ríos y a sostener una beca gratuita en la Escuela Apostólica, puesto que habiéndose expresado y convenido en el mismo instrumento que "el cumplimiento de las prestaciones referentes a misas,

funerales y beca, son obligaciones que valen más en conciencia que civilmente", se comprende sin lugar a duda que ellas no constituyeron el verdadero móvil que determinó a las partes a contratar, y que en cambio, tanto la constitución de la renta vitalicia mensual como la tradición del inmueble sí fueron los fundamentales y esenciales motivos que los determinó a celebrar la convención. De allí, el que estas dos últimas estipulaciones sean las que deban ser tenidas en cuenta preferencialmente para precisar la índole del contrato.

Todo lo expuesto pone de presente que aún en el supuesto de que la acusación se hubiese formulado en debida forma, ella no habría podido prosperar, desde luego que al interpretar el contrato el Tribunal no incurrió en error de hecho y mucho menos en uno manifiesto o evidente, que sería el indispensable que surgiera para que la Corte en casación pudiese modificar la apreciación de aquél.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

2º—No es un hecho que las partes discutan, sino que por el contrario ambas aceptan, como que está plenamente acreditado en el proceso, el de que el Presbítero Ospina Ríos falleció antes de que se hubiera registrado la Escritura Pública N° 1148 contentiva del contrato de renta vitalicia, y como éste no se perfecciona sino por la entrega del precio (art. 2292 del C. C.) y es nulo si antes de perfeccionarse muere la persona de cuya existencia pende la duración de la renta, (art. 2293 ibidem), es claro que, consistiendo, como en el presente caso consiste, el precio en un inmueble y siendo regla absoluta en nuestro código la de que no se efectúa la tradición o entrega de bienes de esa naturaleza sino mediante la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, (arts. 740 y 756 ibidem), el contrato referido no llegó a perfeccionarse antes de la muerte del credirentista y es, de consiguiente, nulo, como lo sostiene el Tribunal.

Y es obvio que aquí no puede invocarse eficazmente la tesis legal del efecto retroactivo que en relación a las partes tiene el registro o inscripción de un título sujeto a esa formalidad, puesto que para el contrato de renta vitalicia la ley ha establecido especialmente su nulidad en el caso de que no llegue a perfeccionarse antes de que ocurra el fallecimiento de la persona de cuya existencia pende la duración de la renta: si por falta de la tradición o entrega oportuna del

inmueble antes de aquel suceso, el contrato en sí no se perfeccionó, al registro posterior de la escritura que lo contenía no puede asignársele la virtualidad de consolidar un acto que por ministerio de la ley había devenido nulo.

No prospera el cargo.

3º—El cargo está mal formulado y es por ello ineficaz.

El único hecho que el Tribunal tomó en cuenta para afirmar “que debe prosperar la acción de nulidad propuesta, y por consiguiente las peticiones consecuenciales”, entre las cuales está la de que se condene al demandado a pagar los frutos del inmueble como poseedor de mala fe, es el de ser nulo el contrato de renta vitalicia por no haberse perfeccionado antes de la muerte del credentista, con lo cual al confirmarla “en todas sus partes”, hay que deducir que acogió el siguiente concepto emitido por el Juzgado en la parte motiva de la sentencia de primera instancia en que se dijo:

“En cuanto a la indemnización por frutos naturales y civiles, es claro que la entidad demandada debe reputarse como poseedora de mala fe, porque siendo nulo el título en que fundaba su posesión, no puede entenderse que hubo el bien por medios legítimos exentos de vicio y de todo fraude; si moralmente puede admitirse que podía tener la conciencia cierta de haber adquirido la posesión legítimamente, jurídicamente no puede afirmarse lo mismo, porque no podía ignorar el vicio de nulidad de su título sin cometer un error de derecho que conlleva en su contra una presunción de derecho en cuanto a la mala fe de su posesión, con todas sus consecuencias legales”.

Entonces lo que el recurrente ha debido hacer es atacar el único fundamento de la sentencia, alegando y demostrando que del hecho en que el Tribunal se apoya no puede legalmente deducirse, si es que ello es así, la mala fe en la posesión del demandado, o lo que es lo mismo, que tal hecho no destruye en éste la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude o de todo otro vicio, ni consiguientemente la presunción de buena fe, o que ese hecho no es constitutivo de un error en materia de derecho sino de uno justificable de hecho, que no se opone a la buena fe, o que existen otras circunstancias probadas, no tenidas

en cuenta por el juzgador, que esterilizan aquél y demuestran la buena fe del poseedor.

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

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

“Por lo tanto para destruir el concepto del Tribunal, no basta, como lo hace el recurrente, atacar por interpretación equivocada, (o —agrega hoy la Sala— por violación “directa, por falta de aplicación”, o por “aplicación indebida”, sin alegar ni demostrar el error), de los preceptos reguladores de la buena o de la mala fe, sino que hay que ir más al fondo, demostrando error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas en que el Tribunal se ha fundado”. (Casación, 27 de febrero de 1946, G. J. N° 2029, pág. 57).

No prospera el cargo.

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de tres de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente oportunamente a la oficina de su procedencia.

Pedro Castillo Pineda—Gerardo Arias Mejía—
Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA — POSESION DE MALA FE

No es obligación del tercero rematante estudiar la totalidad del juicio dentro del cual se verifica la venta forzada de la cosa, ya que su interés se limita al estudio de los títulos y del certificado de propiedad y libertad del Registrador respectivo, de manera que no puede considerársele adquirente de mala fe cuando en ese certificado aparece que está vigente la inscripción del título del ejecutado, aunque exista la posibilidad de que el rematante hubiera sabido que aquél no era el verdadero dueño, tanto más que el juez, al tenor del artículo 1008 del Código de Procedimiento Civil, debe ordenar inmediatamente el desembargo y la consiguiente cancelación del embargo en el registro, si del certificado aparece que el ejecutado no es el poseedor inscrito, porque mala fe hay en el comprador que tiene perfecto conocimiento de que su vendedor no es el dueño de la cosa vendida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, enero treinta de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

En el año de 1922 Concepción y Ana Rosa Muñoz compraron a Patrocinio Muñoz un globo de terreno ubicado en la vereda de "Frutillo" del Municipio de Ventaquemada, Departamento de Boyacá.

Concepción Muñoz contrajo matrimonio católico con Daniel Forero en el mes de mayo de 1923.

El 17 de febrero de 1926 Concepción Muñoz de Forero y su hermana Ana Rosa vendieron aparentemente a Marco Emilio Moreno, (y sin la licencia judicial necesaria para la enajenación de bienes de mujer casada), parte de la finca que habían adquirido por compra hecha a Patrocinio Muñoz. La inscripción en el registro de la escritura pública correspondiente, fue cancelada a virtud de lo dispuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en sentencia del 10 de

junio de 1938, en la cual declaró rescindido el contrato de compraventa aparentemente celebrado entre Concepción Muñoz de Forero y su hermana Ana Rosa Muñoz con Marco Emilio Moreno.

El 23 de octubre de 1926 Marco Emilio Moreno vendió el mismo terreno a las nombradas Concepción Muñoz de Forero y Ana Rosa Muñoz.

El 19 de mayo de 1930 Daniel Forero, esposo de Concepción Muñoz, vendió un lote de dicho terreno a su hermano Hernando Forero.

El 5 de julio de 1930 Concepción Muñoz de Forero instauró contra su marido acción de separación de bienes, y por auto de esa fecha se decretó el embargo preventivo del terreno que en 1922 había adquirido la nombrada señora por compra hecha, a Patrocinio Muñoz. El registro de embargo se hizo oportunamente, y el Juez Segundo Civil del circuito de Tunja, en sentencia fechada el 20 de octubre de 1931, decretó la separación de bienes de los esposos Daniel Forero y Concepción Muñoz de Forero. Esta sentencia, que ordenó restituir a Concepción Muñoz los bienes aportados por ésta al matrimonio, fue registrada el 14 de junio de 1932.

Hernando Forero fue ejecutado por Luis María Asencio y en el respectivo juicio Antonio Cerón adquirió por remate el mismo lote que Daniel Forero había vendido a su hermano Hernando. La diligencia de remate respectiva, de fecha 18 de diciembre de 1933, fue registrada el 6 de febrero de 1934.

El 15 de mayo de 1944 Concepción Muñoz de Forero y su hermana Ana Rosa Muñoz vendieron a Clímaco Naranjo H. un globo de tierra dentro del cual se encuentra el lote que Antonio Cerón adquirió en subasta pública por razón del juicio ejecutivo seguido por Luis María Asencio contra Hernando Forero.

Así las cosas, el 2 de octubre de 1944 Clímaco Naranjo, por medio de apoderado, demandó ante el Juez Segundo Civil del circuito de Tunja a Antonio Cerón para que con su audiencia y con sujeción a los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones: "Primera. Que a mi mandante, señor

Clímaco Naranjo H., corresponde el pleno derecho de dominio sobre un terreno actualmente denominado "San Antonio", ubicado en la vereda de "Frutillo", jurisdicción del Municipio de Ventanquemade, alinderando así: "Por un costado, desde la piedra herrada que se encuentra incrustada en la piedra de cimientto que queda a la orilla de la carretera Central del Norte, en el punto en donde principia el camino que conduce a la vereda de Jurpa, sigue en recta hacia el Occidente, a encontrar un mojón de piedra clavado en una lomita, y de aquí sigue en recta a dar a una mata de Salvio grande que se encuentra a la orilla de un vallado, linda por este costado, con terrenos del comprador, Clímaco Naranjo; por otro costado, del Salvio, vuelve de para abajo, hacia la izquierda, por todo el vallado, hasta encontrar la quebrada de Frutillo, y linda con Leovigilda López, herederos de Peregrina Cerón y herederos de Benedicta Cuervo; por otro costado, vuelve a la izquierda, por la quebrada de Frutillo, y sigue por vallado y cerca de alambre, hasta encontrar otro vallado, y linda por este costado con tierras de Antonio Cerón; y por el último costado vuelve a la izquierda; por este último costado arriba, hasta encontrar la carretera y continúa carretera arriba, hasta encontrar la piedra herrada, punto de partida del primer lindero y encierra, lindando por este costado con tierras del comprador Naranjo y la carretera Central". Segunda. Que, como consecuencia de la anterior declaración, mi representado, el señor Clímaco Naranjo H., tiene mejor derecho que el demandado señor Antonio Cerón a la posesión material del terreno anteriormente descrito. Tercera. Que, como consecuencia de las dos anteriores declaraciones, el demandado Antonio Cerón debe restituir a mi mandante Clímaco Naranjo H. el globo de tierra antes alinderado, en su condición de actual poseedor material de dicho inmueble, junto con sus accesorios, y dentro del término que usted le señale en la sentencia. Cuarta. Que el demandado Antonio Cerón debe restituir a mi constituyente, Clímaco Naranjo H., los frutos naturales y civiles del mismo inmueble y no solamente los percibidos sino también los que hubieran podido percibir, con mediana inteligencia y actividad, las antecesoras de mi mandante en el dominio del terreno, y éste mismo, desde el día en que el demandado entró en posesión, o sea desde el seis (6) de febrero de mil novecientos treinta y cuatro (1934) hasta cuando haga entrega de la finca a mi mandante; y en el evento

de no existir tales frutos, su correspondiente valor, restitución que también debe hacer dentro del término que usted le señale en la sentencia; y Quinta. Que el demandado Antonio Cerón debe pagar a mi mandante Clímaco Naranjo H. las costas del juicio que inicio con esta demanda, en el caso de que se oponga a que sean hechas las declaraciones anteriormente pedidas".

Contestación de la demanda. Corrido al demandado Antonio Cerón el traslado de rigor, contestó oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas. Después de negar unos hechos y aceptar otros, y de afirmar que es dueño legítimo del inmueble de cuya reivindicación se trata, propuso a su favor la prescripción adquisitiva de dominio y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria ejercitada por el actor.

El Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia por medio de fallo fechado el 9 de mayo de 1946, reconociendo el dominio a favor del demandante Clímaco Naranjo y ordenando al demandado la restitución del terreno junto con los frutos naturales y civiles del inmueble, percibidos desde el día en que Antonio Cerón entró en posesión de él.

Segunda instancia. El demandado apeló ante el Tribunal y éste, en sentencia fechada el 7 de marzo de 1947, falló así: "Primero. Declárase probada la excepción perentoria de prescripción adquisitiva ordinaria del dominio por parte de Antonio Cerón sobre el terreno a que se refiere la demanda que dio origen a este juicio y cuya reivindicación pretende el demandante Clímaco Naranjo. Segundo. Consecuencialmente, absuélvese al demandado Antonio Cerón de todos los cargos formulados en el libelo de demanda y ordenase la cancelación de la inscripción de ésta en los libros de Registro respectivos, para lo cual se librarán los despachos del caso".

Los fundamentos de la sentencia del Tribunal son del siguiente tenor: "En cuanto a la otra escritura que sustenta el razonamiento transcrito, o sea, la N° 652 de 23 de octubre de 1926, ciertamente, está relacionada en el punto sexto del certificado a que se alude y fue traída a los autos en la segunda instancia al folio 43 del cuaderno N° 5. Allí consta que Marco Emilio Moreno vendió a Ana Rosa Muñoz, soltera, y a Concepción Muñoz, casada con Daniel Forero, quien concurrió al acto escriturario autorizando expresamente a su esposa para efectuar la compra del lote de terreno de que dá cuenta dicha escritura al folio 43 v. del Cuaderno N° 5. Y, como al folio

41 del mismo cuaderno obra la partida de origen eclesiástico que acredita el matrimonio de Daniel Forero y Concepción Muñoz celebrado el 16 de mayo de 1926, (sic) es claro que la adquisición realizada mediante la prenombrada escritura por Concepción Muñoz de Forero, con la autorización expresa de su marido, lo fue para la sociedad conyugal al tenor de lo dispuesto por el ordinal 5º del artículo 1781 del Código Civil, con lo cual se hace preciso la adopción de la tesis sustentada por el apoderado doctor Becerra de que la parte vendida a Concepción Muñoz de Forero en dicha escritura quedó convertida "en bien de la sociedad conyugal Muñoz-Forero". Es por esto también por lo que el marido Daniel Forero pudo realizar la venta de que trata la escritura pública número 244 de 1º de mayo de 1930, traída a los autos en la segunda instancia (fl. 46 Cuaderno N° 5) y relacionada en el punto décimo del Certificado N° 173 acompañado con la demanda, y cuyo contrato se menciona en el hecho g) de los fundamentos de la demanda, o sea, la transferencia que hizo Daniel Forero a Hernando Forero G. del lote denominado "el Co-fre", materia de esta controversia, pues, bajo el antiguo régimen patrimonial en el matrimonio, el marido era el jefe de la sociedad conyugal y como tal administraba libremente los bienes sociales y los de su mujer, y, con respecto a terceros, era dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio (C. C. Arts. 1805 y 1806)".

"Ciertamente, de acuerdo con la titulación sucesiva —no discutida, ni controvertida, ni invalidada en juicio pertinente— que arranca de la escritura pública número 652 del 23 de octubre de 1926, otorgada en la Notaría 1ª de Chocontá y registrada en el Libro 1º de la Oficina de Registro correspondiente al lugar de ubicación del inmueble el 4 de noviembre de 1926; que prosigue en la escritura pública número 244 del 1º de mayo de 1930 de la misma Notaría, debidamente registrada el 7 de mayo de 1930, y finaliza con la inscripción número 161 del 6 de febrero de 1934 al folio 35 del Libro de registro número 1º de la diligencia de remate de fecha 18 de diciembre de 1933, verificado en el Juzgado 1º Municipal de Chocontá, en el juicio ejecutivo seguido por Luis María Asencio contra Hernando Forero, de que dá cuenta el punto DUODECIMO del tantas veces citado certificado N° 173, síguese que el demandado Antonio Cerón respalda la resistencia opuesta en la contesta-

ción de la demanda, así como la excepción sobre prescripción ordinaria adquisitiva del dominio del bien que es objeto de este litigio, en un justo título que data del 23 de octubre de 1926, o sea, de la escritura pública número 652, primeramente citada, en virtud, de la cual Concepción Muñoz de Forero, expresamente autorizada en el acto escriturario por su marido Daniel Forero, adquirió para la sociedad conyugal en virtud de compra que hizo a Marco Emilio Moreno, el lote de terreno cuya posesión inscrita y material tiene el demandado Antonio Cerón, como ya se vio al puntualizar la posición jurídica del demandado en esta litis, con el **item** más de que dicho título y los subsiguientes de que se acaba de hacer mérito no han sido cancelados por los medios legales respectivos y por ende, su misma vigencia, está indicando la eficacia y el valor que merece en este pleito la titulación con que el demandado respalda sus pretensiones y la razón que tuvo el apoderado doctor Monroy para incoar el recurso de apelación, toda vez que el Juzgado no se detuvo a hacer el estudio de este aspecto de la titularidad del bien materia de la litis".

"En cuanto al factor posesión regular, **no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren**, contemplado en la norma que consagra el artículo 2528 **ibidem**, teniendo en cuenta que tal posesión debe remontarse a un período de diez años y que consiste en que proceda de justo título y haya sido adquirido de buena fe aunque ésta no subsista después de adquirida la posesión (C. C. Art. 764 inciso 2º), precisa tener en cuenta lo siguiente: a) El hecho de haber adquirido Cerón el dominio del inmueble de que está en posesión actualmente en remate público auspiciado por la justicia, sin que tal acto y el registro de la sentencia aprobatoria del mismo hayan sido invalidados y cancelados por los medios legales atinentes, así como la circunstancia de que la posesión inscrita en favor del prenombrado demandado remonta, sin interrupción, hasta el 4 de noviembre de 1926 en que fué registrada la escritura número 652 del 23 de octubre del mismo año, y habida consideración de que esta última escritura y las subsiguientes no han sido tachadas de falsedad en este juicio, ni invalidadas en otro alguno, pues su respectivo registro o inscripción hállase vigente, están pregonando y produciendo la plena convicción de que tales hechos revelan o ponen de manifiesto que en el ánimo de Antonio Cerón y de sus antecesores operó, formal y concretamente, la conciencia de haber adquirido

el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio, esto es, que obraron de buena fe, desde la ya remota época para las exigencias legales del caso, quienes adquirieron el justo título que escuda al demandado Antonio Cerón en las pretensiones oportunamente deducidas en autos”.

“Dada la pureza al justo título aducido por el demandado Antonio Cerón, apenas es de rigor aceptar como prueba de la buena fe, la presunción que establece el artículo 769 del C. C. para tener por establecido este supuesto jurídico o condición normativa de la cuestión **sub iudice**, planteada en la excepción en estudio. Y no se diga que el demandante sostiene, en el hecho j) de la demanda, que no existe buena fe porque Antonio Cerón sabía que el lote sobre que versaba la subasta hecha pertenecía a Concepción Muñoz porque en la escritura de venta hecha a Marco Emilio Moreno se dejó constancia de que Concepción Muñoz no había obtenido la respectiva licencia judicial, porque, en primer lugar, no es ésta la escritura que recoge el justo título conque Antonio Cerón pretende obtener el triunfo de su pretensión, y, en segundo lugar, porque la nulidad que engendraría una infracción de esta naturaleza a las normas que recortaron, bajo el antiguo régimen, la libertad económica de la mujer casada, sería una nulidad de carácter relativo en favor de dicha mujer y no el medio para impedir que la propiedad cumpla su función social de dinamizador del progreso económico de la Nación. Y en cuanto a los memoriales de Cerón a que alude el mismo hecho precitado, en nada demeritan la fe que debe prestarse al registro de los títulos presentados por el demandado y cuando más acusan un exceso de celo por precaverse contra eventuales conflictos, así como falta de acuciosidad en quien para contener el cumplimiento inexorable de nuestro estatuto civil en materia de propiedad raíz deja de acudir a la vía procedimental adecuada, en la debida oportunidad, para evitarse los efectos de la institución o fenómeno de la prescripción ordinaria adquisitiva del dominio. b) Dicha posesión por el tiempo que las leyes requieren al efecto, o sea, de diez años, con actos materiales propios de dueño, está superabundantemente demostrada en autos con las declaraciones que obran en el cuaderno 5º y que rindieron, con las formalidades legales del caso, Campo Elías Torres (f. 11), Luis Lancheros (f. 12 v.), Jesús de la Cruz Moreno (f. 14), Adolfo Moreno (f. 15 v.), Florentino Farfán (F. 16 v.) y Pe-

dro Rubén Galeano (F. 18). Posesión que, como dicen los testigos dando la razón de su dicho, ha sido ejercida de manera continua y no interrumpida. c) Cabe observar que, en la primera instancia, se abstuvo el demandado de probar el factor relacionado con la posesión regular, y, de ahí que el Juzgado del conocimiento mal podía decretar y no decretó la excepción de que se viene tratando, pero como en esta instancia ha cambiado totalmente la faz de la contienda judicial —como acaba de demostrarse— y el artículo 343 del Código Judicial preceptúa que cuando el fallador encuentra configurados los hechos que constituyen una excepción perentoria, y la prescripción ordinaria adquisitiva del dominio alegado lo es, entonces debe ser fallado este negocio en consonancia con lo expuesto hasta aquí sin que haya lugar a continuar en el estudio y análisis del interesante alegato presentado por el apoderado principal del demandado en esta instancia”.

Interpuesto por el demandante el recurso de casación, corresponde a la Corte decidir sobre su mérito.

Dice el recurrente que el Tribunal violó, por aplicación indebida, los artículos 2528, 764 y 768 del Código Civil. Para demostrarlo alega que cuando el demandado Cerón remató el inmueble litigioso, sabía a ciencia cierta que éste sólo de una manera aparente había salido del dominio de la señora Muñoz de Forero y que por lo tanto Daniel Forero estaba incapacitado legalmente para transferir la propiedad de esa finca. Apoya su afirmación en los siguientes argumentos:

a) El contrato de compraventa celebrado entre la señora Muñoz de Forero y Marco Emilio Moreno carecía de eficacia jurídica por haberle faltado el requisito de la licencia judicial, según consta en la propia escritura;

b) La señora Muñoz de Forero, por medio de memoriales dirigidos al Juzgado Municipal que conocía del juicio ejecutivo seguido por Luis María Asencio contra Hernando Forero, advirtió oportunamente que era la dueña legítima del predio que se iba a rematar y que estaba en pacífica posesión de él;

c) El rematador aceptó expresamente los derechos que sobre la mencionada finca podía tener la señora de Forero y lo expresó así al juzgado en memorial cuya copia obra en el expediente;

d) El bien adquirido en subasta pública por Antonio Cerón había sido entregado a la señora de

Forero con anterioridad al remate, en cumplimiento de la sentencia que decretó la separación de bienes del matrimonio Forero-Muñoz. En esta sentencia aparece relacionada la declaración de Antonio Cerón, en la cual manifiesta que la administración de los bienes de la sociedad conyugal Forero-Muñoz en poder del jefe de ella, señor Daniel Forero, no es diligente y cuidadosa sino fraudulenta.

Comprobada —concluye— la falta de buena fe del demandado, éste no ha podido acreditar la posesión regular. En consecuencia, al declarar el Tribunal probada la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria, le dio al poseedor una calidad que no tiene y aplicó indebidamente los artículos atrás citados.

El recurrente también acusa la sentencia del Tribunal por violación de los artículos 1769 del Código Civil y 604 del Código Judicial, al haberlos dejado de aplicar como consecuencia del error de derecho en la apreciación de distintos elementos probatorios que obran en el proceso, y que se han citado ya. Entre ellos destaca el memorial que el rematador Antonio Cerón dirigió al Juez Municipal de Chocontá, con ocasión del juicio ejecutivo seguido por Luis María Asencio contra Hernando Forero. En este documento se lee: "Aparentemente el terreno o potrero de "El Cofre" pertenecía a la sociedad conyugal Muñoz-Forero, y éste, también aparentemente, podía enajenarlo como jefe de la sociedad conyugal citada, de acuerdo con la ley. Pero en el fondo, siendo el terreno de la señora Concepción y habiendo salido del patrimonio de ésta cuando se le hizo la enajenación a Marco Emilio Moreno sin licencia judicial, también aparentemente podría presentarse el caso de que la señora Concepción Forero sí reclamara el terreno mencionado como de su propiedad, seguramente con éxito, lo cual me causaría un perjuicio considerable como fácilmente usted lo comprende, ya que la enajenación de Marco Emilio Moreno adolecía de nulidad relativa, por una parte; y por otra, en el fondo Daniel Forero habría vendido un terreno que no le correspondía".

La equivocada apreciación, cuando no la falta de apreciación de las pruebas, —dice en otra parte de su escrito el recurrente— indujo al Tribunal a incurrir en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, y ese error lo llevó a violar los artículos 764, 768 y 2528 del Código Civil por haberlos aplicado indebidamente.

Agrega, por último, que el fallo acusado violó

4—Gaceta

los artículos 1746 y 1748 al no aplicarlos al caso del pleito. Transcribe la parte resolutive de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja el 10 de junio de 1938, en el juicio ordinario que adelantó Concepción Muñoz de Forero contra Marco Emilio Moreno y otro, para demostrar que incurrió en error de hecho no apreciando ahora su propio fallo de entonces. A continuación expresa que las operaciones de traspaso de la propiedad del terreno litigioso, realizadas con posterioridad al contrato nulo, deben considerarse como venta de cosa ajena, y hace los siguientes comentarios: "Es evidente que la sentencia mencionada decretó la nulidad del contrato que consta en la escritura 125 de 1926, que por consiguiente la demandante señora Muñoz de Forero tenía derecho a que se le devolviera la finca a que se refería el mencionado contrato, como si éste no hubiera existido. Si dicho predio había pasado a manos de terceros la demandante tenía contra ellos acción reivindicatoria, porque expresamente lo dispone así el artículo 1748 del C. C., no propiamente porque los contratos celebrados con ellos estuvieran afectados de nulidad, sino por ser ineficaces para transferir el dominio, o mejor por no ser oponibles al verdadero dueño en virtud de que las operaciones realizadas con posterioridad al contrato que se declaró nulo tienen que considerarse como venta de cosa ajena. Como el contrato celebrado entre Daniel Forero C. y Concepción Muñoz de Forero, por una parte, y Marco Emilio Moreno, por otra fue declarado nulo, resulta claro que hay que considerarlo como si jamás hubiera existido, es decir, como si el dominio del predio respectivo no hubiera salido nunca del patrimonio de la señora Muñoz de Forero, y por lo tanto los contratos posteriores relacionados con la misma finca carecen de eficacia jurídica para transferir la propiedad, no por ser nulos, sino inoponibles, como ya se dijo, a la verdadera dueña. La demandante favorecida con la declaratoria de nulidad, hoy su sucesor el señor Clímaco Naranjo, tiene derecho a reivindicar contra terceros por ser el verdadero dueño de la finca cuya restitución se solicita".

Se considera:

El Tribunal no ha sostenido que la nulidad pronunciada en sentencia firme no dé a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, y tampoco ha negado que la nulidad judicialmente pronunciada dá acción rei-

vindicatoria contra terceros poseedores. Lo que ha hecho es declarar probada la excepción perentoria de prescripción adquisitiva ordinaria del dominio por parte de Antonio Cerón, considerándolo poseedor regular por más de diez años continuos, en atención a que exhibe justo título desde el 23 de octubre de 1926, ha demostrado ejercitar actos de dominio en forma ininterrumpida sobre el inmueble durante tal tiempo, y es evidente su buena fe.

Aparece demostrado sí que el Tribunal omitió la apreciación de algunas pruebas citadas por el recurrente, tales como la escritura N° 12, llamada de "transacción", otorgada el 10 de enero de 1932 por Marco Emilio Moreno a favor de Ana Rosa Muñoz y Concepción Muñoz de Forero, respecto a la cual, según consta en la actuación de instancia, apenas figura una alusión superficial hecha en las copias de las piezas correspondientes al juicio de nulidad de la escritura 125 de 1926. La falta de apreciación de aquel instrumento se justifica, pues la copia respectiva no fue allegada al expediente en la oportunidad requerida para que el Tribunal pudiera tenerla en cuenta.

En la sentencia recurrida se dice que la escritura pública número 126 de 27 de febrero de 1926 no aparece relacionada en el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del circuito de Tunja, que en su lugar figura la escritura 125 de 17 de febrero del mismo año y que no "le es dable al Tribunal desviar el pensamiento hacia otros títulos que puedan coincidir en cuanto a la fecha y los nombres de los contratantes", ya que según el artículo 2581 del Código Civil "la numeración que lleva un instrumento dado constituye el elemento primordial para la caracterización e individualización del acto o contrato en él recogido". Añade el Tribunal que la precitada escritura no obra en parte alguna del expediente y apenas si se menciona en los alegatos de las partes y en el hecho d) de la demanda, no siendo éste el medio adecuado y eficaz para hacer valer en juicio elementos probatorios de tal naturaleza. Por las razones así expuestas, no atribuyó valor alguno a la escritura de venta que Concepción Muñoz de Forero y Ana Rosa Muñoz hicieron a Marco Emilio Moreno el 17 de febrero de 1926, anulada por el mismo Tribunal de Tunja en sentencia del 10 de junio de 1938 y cuya inscripción en el registro fue cancelada el 18 de noviembre del mismo año, según lo advierte el propio Registrador

de Instrumentos Públicos en el certificado a que se ha hecho mención.

En concepto de la Corte el Tribunal procedió con excesivo rigor al abstenerse de examinar tal elemento de prueba con base en las causas anotadas por él, pues no sólo la relación del Registrador, (folio 9 v. del cuaderno N° 1) sino las copias tomadas del juicio ordinario seguido por Concepción Muñoz de Forero contra Marco Emilio Moreno y otros, (folios 29 y siguientes del cuaderno N° 5) no dejan duda alguna de que la escritura N° 125 de 17 de febrero de 1926 es la misma número 126 de 27 de febrero de 1926, citada por el actor en la demanda con que se inició el presente juicio. Además, no advirtió el Tribunal que la copia auténtica de la escritura número 125 de 17 de febrero de 1926 figura a los folios 45 y 50 del cuaderno N° 5 traída oportunamente a los autos por haberlo solicitado el demandante en el memorial de pruebas que presentó durante la segunda instancia.

Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal los memoriales dirigidos por Concepción Muñoz de Forero al Juez que conocía del juicio ejecutivo seguido contra Hernando Forero, dándole cuenta de que el predio que se iba a rematar era de su propiedad y estaba poseyéndolo pacíficamente por habérselo adjudicado en la separación de bienes con su esposa, que decretó el juez segundo del circuito de Tunja en sentencia de 20 de octubre de 1931. (Los documentos respectivos obran a los folios 26 a 29 del cuaderno N° 5, y a los folios 32 y siguientes del cuaderno N° 1).

Igualmente omitió el Tribunal la calificación del testimonio rendido por Antonio Cerón en el juicio de separación de bienes de los esposos Forero-Muñoz y que aparece a los folios 27 a 27 v. del cuaderno N° 5.

No examinadas por el Tribunal estas pruebas, corresponde a la Corte estudiar el alcance de tales omisiones en relación con el cargo que se formula. En primer lugar, observa que como la sentencia que decretó la separación de bienes ordena entregar a Concepción de Forero la mitad de los bienes aportados por ella al matrimonio y la mitad de los adquiridos durante la sociedad conyugal, previa la liquidación correspondiente, y no se dice cuáles son éstos, de su sola lectura (folios 26 a 29 del cuaderno N° 5) no se concluye que el lote objeto del presente litigio le hubiera sido adjudicado entonces. El certificado del Registrador no arroja luz alguna porque en él no consta cómo fue hecha la liquidación de

tales bienes. (Folio 13 del cuaderno N° 1). A los folios 20 y 20 v. del cuaderno N° 1 aparece copia auténtica del fallo del Tribunal Superior de Tunja, fechado el 10 de julio de 1938 y según el cual el juzgado segundo de ese circuito, para dar cumplimiento a la sentencia sobre separación de bienes, el 17 de diciembre de 1932 le hizo entrega material a Concepción de Forero de un lote de terreno ubicado en Ventaquemada, vereda de Trujillo, sin que a la entrega se hubiera presentado oposición alguna.

Sin embargo, no existe en el expediente la prueba de la diligencia de entrega a la señora de Forero, o sea la copia del acta respectiva. La simple referencia que a tal hecho se hace en la sentencia del año de 1938 no puede sustituir válidamente tal omisión, pues sabido es que las pruebas practicadas en un juicio no tienen valor en otro distinto, aunque se surta entre las mismas partes, o su traslado, si se trata de documentos, en la forma legal y oportuna. Por consiguiente, no existe en este juicio la plena prueba de que la señora de Forero hubiera estado en posesión material del inmueble rematado al tiempo de verificarse el remate. Tampoco tenía ella entonces la posesión inscrita, porque las tradiciones verificadas a favor de Hernando Forero no habían sido canceladas por ninguno de los medios legales, y ni siquiera se había decretado la nulidad de la venta verificada por la misma señora a favor de Marco Emilio Moreno, pues esto se hizo en la mencionada sentencia de 1938, cinco años después. En cambio, de la diligencia de entrega del inmueble rematado al señor Cerón, cuya copia sí obra en autos, (folios 3 v. a 4 v. del cuaderno N° 5 y 20 v. a 21 v. del mismo), aparece que al depositario Gregorio Rodríguez se le había amparado en la posesión del inmueble por resolución de la Alcaldía Municipal de Ventaquemada en el mes de febrero de 1932, lo que se opone al hecho de que tal posesión pudiera tenerla la señora de Forero cuando el remate se verificó en diciembre de 1933.

En la escritura 125 de 17 de febrero de 1926, por la cual Concepción de Forero y otra vendieron a Marco Emilio Moreno el primitivo globo de terreno, se hizo constar que no se había obtenido licencia judicial para tal venta a pesar de que la vendedora Concepción de Forero era mujer casada. Pero no existe en este juicio la prueba de que el demandado señor Cerón hubiera conocido la mencionada escritura antes de realizar el remate. El memorial que Cerón dirigió al

Juez Municipal de Chocontá y que en parte se transcribió atrás, tiene fecha posterior a la diligencia de remate; en él Cerón expone sus temores de que tal circunstancia pueda perjudicarlo al rematar "sin la averiguación previa sobre la verdadera situación del terreno", y solicita se le devuelva el valor del remate con pérdida del 10% del avalúo, si fuere el caso. Lógico es entonces suponer que el señor Cerón no conocía la situación jurídica del terreno en cuanto al defecto anotado en la venta de 1926, pues como él mismo dice, en tales circunstancias no debía rematar, y se debe suponer que al tener conocimiento de tal hecho, después de haber rematado, incurrió en el arrepentimiento y los temores que expuso. Esta prueba no demuestra mala fe en Cerón pues de ella no se concluye en forma clara que en el momento de rematar hubiera sabido él que el terreno le pertenecía a la señora de Forero y no al ejecutado, como lo certificaba el Registrador de Instrumentos Públicos. En efecto, dijo el rematante en la parte final de su memorial: "Si a mí se me entrega el terreno, por estar bien rematado (por hallarse en posesión del depositario) no tengo inconveniente en persistir en el remate; pero no sería justo ni moral que yo diera mi dinero y no se me entregara el terreno o diera mi dinero para entrar en pleitos que no tengo por qué sostener. Así pues solicito que Ud. se rodee de seguridad y a mí me dé las garantías del caso, porque yo entré a rematar confiado en la promesa de su juzgado".

Respecto de lo dicho en los memoriales presentados por la señora Concepción de Forero en el juicio ejecutivo que culminó en el remate del inmueble, cuyas copias obran en el cuaderno número 1, folios 32 a 39, anota la Sala que antes de verificarse el remate, esto es desde el 2 de julio de 1932 hasta el 16 de diciembre de 1933, Concepción de Forero se dirigió en tres ocasiones al Juez manifestándole: El terreno que se trata de embargar es de los aportados por mí al matrimonio; la separación de bienes con mi marido fue decretada por el Juez Segundo del Circuito de Tunja y el lote que se pretende embargar está embargado ya en obediencia a órdenes emanadas de aquel juzgado; como dueña que soy, me opongo al depósito que se va a practicar y solicito que se deje el potrero en mi poder como lo ordena el artículo 882 del Código Judicial; estoy en posesión material del inmueble desde que el juzgado del circuito de Tunja me hizo entrega real y material de él.

Una vez aprobado el remate, la señora de Forero apeló de aquella providencia; negada la apelación, pidió reposición del auto, pero ésta tampoco le fue concedida. Posteriormente se dirigió al Juez Segundo Municipal de Ventaquemada haciéndole saber que se opondría a la entrega del terreno que aquel funcionario pretendía dejar en poder de Antonio Cerón, por comisión del Juez Municipal de Chocontá. En este memorial dijo textualmente: "Presento el título que me acredita como dueña, para que usted lo estudie y lo tenga en cuenta. Y no vale decir que Marco Emilio Moreno lo haya vendido a la sociedad conyugal Muñoz-Forero, porque antes de esa venta Moreno ya había confesado explícitamente no ser dueño del terreno, desde luego que se había constituido arrendatario de él y un dueño no puede ser al mismo tiempo arrendatario de su mismo predio". (Al decir que "antes de esa venta Moreno ya había confesado explícitamente no ser dueño del terreno, se refería sin duda a las declaraciones que éste hizo en tal sentido en la escritura N° 12 de 10 de enero de 1932, documento que el apoderado de Clímaco Naranjo, actor en este juicio, ha acompañado a la demanda de casación, pero que no fue llevado al expediente durante las instancias. Finalmente, la señora de Forero manifestó al Juez de Ventaquemada, comisionado para entregarle a Antonio Cerón el inmueble objeto del remate, que dicho inmueble no pudo ser embargado ni depositado en el juicio ejecutivo, porque cuando el Juez de Chocontá dio la orden correspondiente ya se hallaba embargado en otro juicio. (Aludió quizá al juicio de separación de bienes). Lo dicho sobre este particular por la señora de Forero en sus memoriales al Juez, queda plenamente desvirtuado con la copia de la diligencia de entrega a Antonio Cerón, practicada por el mismo funcionario el 17 de febrero de 1934. En ella consta que Gregorio Rodríguez desempeñaba el cargo de depositario del inmueble, aproximadamente desde comienzos del año de 1932.

En primer término se observa que no es obligación del tercero rematante el estudiar la totalidad del juicio dentro del cual se verifica la venta forzada de la cosa, ya que su interés se limita al estudio de los títulos y del certificado de propiedad y libertad del Registrador respectivo; de manera que si bien es posible que los mencionados memoriales hubieran sido conocidos por Cerón, no puede considerarse como probado este hecho. Por otra parte, la afirmación

de la memorialista de que era la dueña del inmueble, no podía prevalecer sobre la certificación que en contrario daba el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados acerca de que estaba vigente la inscripción del título del ejecutado: tampoco podía tener preeminencia sobre la necesaria calificación de dicho certificado por el Juez, ya que al tenor del artículo 1008 del Código de Procedimiento Civil, si del certificado aparece que el ejecutado no es el poseedor inscrito del inmueble, el juez ordena inmediatamente el desembargo y la consiguiente cancelación del embargo en el registro. Mala fe hay en el comprador que tiene perfecto conocimiento de que su vendedor no es el dueño de la cosa vendida, pero esta afirmación no puede deducirse en el caso presente porque exista la posibilidad de que el rematante hubiera conocido los referidos memoriales de la señora de Forero; y si se tiene en cuenta que a dichos memoriales no se acompañó prueba ninguna que acreditara el dominio reclamado por la memorialista, el calificativo de mala fe dado al adquirente Cerón queda por completo desprovisto de fundamento.

La afirmación de la señora de Forero de ser la poseedora del terreno está reñida con la circunstancia de que tal inmueble fue entregado materialmente al depositario Gregorio Rodríguez, quien obtuvo la posesión de la Alcaldía Municipal como autoridad de policía, según consta en la copia auténtica de la diligencia de entrega al rematante que obra al folio 4 del cuaderno N° 5. En aquel documento se dice que Cerón presentó en una foja copia de la diligencia verificada por la Alcaldía de Ventaquemada el día 8 de febrero de 1932, de conformidad con la cual aquel Despacho sostuvo al depositario Rodríguez en la posesión material del terreno en discusión. Por consiguiente, cuando se verificó el remate, el 18 de diciembre de 1933, hacía cerca de dos años que la señora de Forero no era la poseedora material del terreno sino el depositario designado en el juicio ejecutivo.

Se observa que la sentencia que decretó la nulidad de la venta hecha por Concepción de Forero y otra a Marco Emilio Moreno, está fechada el 10 de julio de 1938; por tanto, en nada puede influir en la calificación de la buena o mala fe de Cerón para los efectos del remate verificado en diciembre de 1933.

En cuanto al testimonio rendido por Antonio Cerón en el juicio de separación de bienes (cuaderno N° 5 folios 27 y v.), si bien el Tribunal

no hizo referencia alguna a él, no encuentra la Sala que pueda tener dicha prueba importancia en contra de las conclusiones a que llegó el Tribunal, ya que el declarante se limita a decir que Daniel Forero en razón de su embriaguez habitual desatiende los negocios, que "para sostener ese vicio defrauda el haber de la sociedad conyugal", que abandonó sus deberes de esposo, que derrocha las utilidades que se obtienen en la sociedad, que no le suministra absolutamente nada a su esposa ni hace vida común con ella, y que su administración de los bienes sociales no es diligente y cuidadosa sino fraudulenta. Pero nada de esto tiene que ver con el acto concreto de la venta de Forero a su hermano Hernando, ni menos con la hecha por la misma señora de Forero a Marco Emilio Moreno en el año de 1926, y por tanto nada prueba dicha declaración en contra de la buena fe de Cerón al rematar el inmueble en pública subasta.

Por las razones anteriores estima la Corte que el Tribunal obró acertadamente al considerar al demandado señor Cerón como poseedor de buena fe, y, por ende como poseedor legal, ya que constituye justo título el remate verificado por autoridad competente con base en certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y cumpliendo los requisitos exigidos en el artículo 1008 del Código de Procedimiento Civil.

No se violaron, por tanto, los artículos 2528, 764 y 768 del Código Civil, de los cuales el primero dispone que para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular, y los últimos determinan que por posesión regular se entiende la que procede de justo título adquirido de buena fe aunque la buena fe no subsista después. Según éstos la buena fe consiste generalmente "en la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio", y concretamente en los títulos traslativos de dominio "supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato". No se violaron los artículos 176 del Código Civil y 604 del Código Judicial, que le dan el valor probatorio a la confesión hecha en juicio, porque no aparece probado que Cerón haya confesado hechos constitutivos de su mala fe. Tampoco se violaron los artículos 1746 y 1748 del Código Civil, que se refieren a la nulidad pronunciada

en sentencia con fuerza de cosa juzgada, porque el Tribunal no ha desconocido la sentencia que declaró la nulidad de la venta hecha por la señora Forero a Moreno en el año de 1926 ni los efectos de ella contra terceros poseedores, pues se limitó a considerar, con razón, que el demandado probó suficientemente su excepción de prescripción adquisitiva por haber poseído durante más de diez años, con justo título y buena fe, el inmueble objeto del juicio; cosa distinta sería si la demanda se hubiera notificado antes del vencimiento de ese término de prescripción o el demandado no hubiera sido poseedor regular del inmueble. Pero aceptado el carácter de poseedor regular del señor Cerón y la prueba de su posesión por más de diez años, el Tribunal obró correctamente al fallar como lo hizo, declarando probada la excepción de prescripción y desestimando las pretensiones de la demanda como consecuencia necesaria.

La apreciación de la prueba por el Tribunal fue, como se dejó expuesto, correcta; y, en todo caso, sabido es que para la prosperidad del cargo de error de hecho en materia de pruebas, se necesita que dicho error aparezca en forma evidente, y manifiesta, vale decir sin la menor duda, cosa que de ninguna manera sucede en el caso de autos. Finalmente, no tiene razón el recurrente al acusar la sentencia del Tribunal por error de derecho en la prueba, pues no existe ninguna que por disposición legal deba considerarse como demostración plena de la mala fe que le imputa al demandado, según se concluye en forma indudable del examen minucioso que se hizo atrás.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala a) de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal de Tunja proferida el 7 de marzo de 1947.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de origen.

Alfonso Bonilla Gutiérrez—Gerardo Arias Mejía—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA FIRMA DEL SECRETARIO NO CONSTITUYE UNA FORMALIDAD ESENCIAL A LA EXISTENCIA JURIDICA DEL ACTO, SUSCEPTIBLE DE AFECTAR LOS LIMITES DE LA COMPETENCIA ABSOLUTA — SU FALTA PUEDE SER SUPLIDA POR LA ACEPTACION EXPRESA O TACITA DE LAS PARTES EN CUYO INTERES SE ESTABLECIO, CUANDO A TRAVES DE LA NOTIFICACION VALIDAMENTE HECHA LO CONSIENTEN, O DEJAN VENCER EL TERMINO DE LA EJECUTORIA SIN PRESENTAR RECLAMO ALGUNO CONTRA EL — LA IDENTIDAD EXISTENTE EN EL SENTIDO GRAMATICAL DE LAS PALABRAS DONAR Y REGALAR, NO TIENE MODIFICACION ALGUNA EN EL CAMPO DE LA LEY

1—En materia de competencia, los expositores siempre han distinguido la competencia absoluta, que se determina por razón de la materia y por razón del grado, de la relativa o simple competencia, que define el artículo 143 del C. J. como “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”. Competencia absoluta la tienen, pues, todos los Tribunales con jurisdicción para conocer de un negocio; así todos los juzgados civiles del Circuito son competentes para conocer de los juicios de mayor cuantía. Pero no todos, sino los de Bogotá, por ejemplo, pueden conocer del que se siga contra el domiciliario de esta ciudad; ésta es la competencia relativa. “Tiene importancia esta distinción —dice Fábrega y Cortés—, porque en materia civil puede prorrogarse la jurisdicción a los Tribunales que tengan competencia absoluta para conocer del negocio; la voluntad de las partes puede confiar un negocio que corresponda a un Tribunal o a otro Tribunal de igual grado, pero no podría traspasar los límites de la competencia absoluta, no podría confiar a un Tribunal el conocimiento de un negocio que excediera de sus facultades por razón de la materia o del grado; por esto conviene recordar la distinción fundamental entre competencia absoluta y relativa” (Lecciones de Procedimientos Judiciales, págs. 256 y 257).

Dentro de estos conceptos, el ejercicio de la facultad jurisdiccional se halla naturalmente subordinado, en cada caso, a la observancia de las fórmulas de ordenamiento

procesal establecidas, como garantía del derecho que las partes controvierten en el juicio; por lo cual su transgresión o inobservancia, lógicamente afecta la validez de la actuación que en tales circunstancias se adelanta, hasta cuando las partes, expresa o tácitamente, la ratifiquen.

Ahora bien. La facultad de decisión en que se traduce la competencia, es función privativa del Juez a quien la ley se la atribuye, y no conjunta con las del secretario. Por lo tanto, la firma con que este funcionario está llamado a autorizar las providencias de aquél, según lo prevenido por el artículo 121 del C. J., no puede constituir, como equivocadamente ha solido entenderse, una formalidad esencial a la existencia jurídica del acto, susceptible como tal de afectar los límites de la competencia absoluta; representa apenas un requisito de autenticación o de forma respecto del acto jurisdiccional ejercido por el Juez, y cuya falta puede ser suplida mediante la aceptación expresa o tácita de las partes en cuyo interés se estableció, cuando a través de la notificación válidamente hecha lo consienten, o dejan vencer el término de la ejecutoria sin presentar reclamo alguno contra él; a la manera que pueden hacerlo en los contratos, para modificar consecuencias que sin ser de su esencia, sí están en la naturaleza de la estipulación.

Luego, si en el caso de que aquí se trata, el Tribunal Superior de Bogotá gozaba de la atribución legal para conocer y pronunciarse en segunda instancia sobre el juicio que en primera había sido calificado por el Juzgado Segundo Civil de este mismo

Circuito, resulta entonces que al notificarse regularmente a las partes el auto que, sin la firma del Secretario, concedió la apelación propuesta contra la sentencia de primer grado y dejado luego vencer el término de la ejecutoria sin reclamo alguno, ese defecto, de naturaleza puramente formal, quedó virtualmente allanado (art. 449, ord. 1º del C. J.), y el Tribunal en capacidad legal de adelantar y decidir válidamente la segunda instancia.

Estos los términos en que la Corte, en Sala conjunta de Casación Civil, modifica los términos de su anterior doctrina sobre la materia.

2—Es evidente desde luego el error de la sentencia al sostener el concepto contradictorio de “que para demostrar que una donación es nula, es necesario demostrar primero que ella se celebró con cumplimiento de todos los requisitos que la ley exige para que se forme válidamente”, y llegar a la conclusión implícita de que, por no haberse hecho tal comprobación en la que es objeto del pleito, no puede la justicia pronunciarse sobre su nulidad. Porque subordinada la eficacia del acto jurídico a la observancia de los requisitos establecidos por la ley para su validez, el vicio o vicios de que se le acusa tienen precisamenté que fundarse en el incumplimiento de tales formalidades; por lo cual resulta absurdo sostener una declaración de nulidad con base en la previa comprobación de la validez del acto.

3—La identidad en el sentido gramatical de las palabras DONAR y REGALAR, no tiene modificación alguna en el campo de la ley, que no solamente refiere la donación —aún hecha con causa onerosa—, al concepto de enajenación gratuita o puramente benévola, como lo hace el artículo 1462 del C. C., al establecer que “Las donaciones en que se impone al donatario un gravamen pecuniario, o que puede apreciarse en una suma determinada de dinero, no están sujetas a insinuación sino con descuento del gravamen”, sino que reconoce expresamente esa identidad de significación de los vocablos, cuando al fijar determinados principios sobre la donación, establece en el artículo 1443 del mismo Código, que “Ni se tomarán en cuenta los RE-

GALOS moderados, autorizados por la costumbre, en ciertos días y casos, ni los DONES manuales de poco valor”; lo que en otras palabras significa que sí deben tomarse en cuenta y están por consiguiente sometidos a la regulación legal, los regalos o dones no moderados o de importante valor, siquiera sea con ocasión de circunstancias en que la costumbre suele justificarlos.

Análogo criterio sirve para excluir de la regulación legal de las donaciones a los suministros que por razones de familia se hacen, para atender a necesidades personales de quien las recibe; en ellos el concepto de la gratuidad resulta desplazado por el de la obligación que el alimentante debe en la medida de sus posibilidades económicas y de la posición social del alimentario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, enero treinta de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Por medio de la escritura pública Nº 2902 de 21 de octubre de 1942 de la Notaría Tercera de Bogotá, doña Elisa Rojas de Umaña, esposa legítima de don Andrés Umaña Lara, adquirió en compra de los señores Alfonso Peña e Isabel Hoyos de Botero Londoño “una casa junto con el lote de terreno en que está edificada, lote que tiene una extensión superficiaria de mil diez y nueve varas cuadradas con cincuenta y tres centésimos de vara cuadrada, distinguida en su puerta de entrada con el Nº 7-26 de la calle 81 de esta ciudad, y anteriormente con el Nº 7-40 de la misma calle”, identificada por los linderos que allí mismo se expresan. Como precio de la venta se acordó “la cantidad de quince mil pesos (\$ 15.000) que la compradora pagará así: seis mil pesos (\$ 6.000.00) de contado y que los vendedores declaran recibidos de manos de la compradora a su satisfacción. Dos mil pesos (\$ 2.000.00) que la compradora pagará el día veinte (20) de diciembre del año en curso, y siete mil pesos (\$ 7.000.00) que la misma compradora pagará el día veinte (20) de enero de 1943, y caso de mora en cualquiera de las sumas adeudadas, pagará el uno por ciento (1%) mensual”.

El día nueve de marzo de 1945, según lo asevera la demanda, la señora abandonó el hogar, por

cuyo motivo decidió el señor Lara pocos días después, el 17 de abril siguiente, promover ante el Juzgado 2º Civil de este Circuito la demanda de que trata el presente juicio, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"A. Primera. Que la señora Elisa Rojas de Umaña al comprar mediante escritura pública número 2.902, otorgada el 21 de octubre de 1942, en la Notaría Tercera de Bogotá, a los señores Alfonso Peña e Isabel Hoyos de Botero Londoño el inmueble cuyos linderos adelante se determinan, obró como mandataria del señor Andrés Umaña Lara en ejercicio de la autorización que en el artículo 2177 del Código Civil se confiere al mandatario para obrar en su propio nombre. El inmueble en referencia es una casa, junto con el lote en que está edificada, que tiene una extensión superficial de mil diez y nueve varas cuadradas y cincuenta y tres centésimos de vara cuadrada (1.019,53 v.2), finca situada en esta ciudad de Bogotá, en la calle ochenta y uno (81), marcada actualmente con el número siete veintiseis (7-26).

"Segunda. Que dicha venta (sic) fue en consecuencia para el señor Andrés Umaña Lara.

"Tercera. Que el inmueble determinado en la petición PRIMERA es de propiedad del señor Andrés Umaña Lara.

"Cuarta. Que se oficie, en consecuencia al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá para que registre con relación al inmueble determinado en la petición anterior la propiedad en favor del señor Andrés Umaña.

"Quinta. Que las costas del juicio son de cargo de la demandada".

En subsidio de las peticiones TERCERA Y CUARTA:

"Que la señora Elisa Rojas de Umaña debe otorgar, dentro del término que se le señale, escritura pública en la cual transfiere al señor Andrés Umaña Lara la propiedad del inmueble determinado en la petición primera, en vista de que ella al adquirirla mediante la escritura pública número 2902, otorgada el 21 de octubre de 1942 en la Notaría Tercera de Bogotá la compró para el señor Andrés Umaña Lara.

Como subsidiarias de primer grado, propuso las siguientes:

"a) Que la señora Elisa Rojas de Umaña recibió la suma de quince mil pesos de la cual dá cuenta la escritura pública número 2902, otorgada el 21 de octubre de 1942 en la Notaría Tercera de Bogotá, del señor Andrés Umaña Lara a

título de donación revocable.

"b) Que esta donación queda revocada.

"c) Que la señora Elisa Rojas de Umaña debe restituir al señor Andrés Umaña Lara la suma de quince mil pesos.

Como subsidiarias de segundo grado, solicitó:

"1ª—Que la señora Elisa Rojas de Umaña recibió del señor Andrés Umaña Lara a título de donación irrevocable la suma de quince mil pesos de que dá cuenta la escritura pública número 2902, otorgada el 21 de octubre de 1942 en la Notaría Tercera de Bogotá.

"2ª—Que esta donación es nula por haberse celebrado entré esposos no divorciados.

"3ª—Que, consecuencialmente, la señora Elisa Rojas de Umaña debe restituir al señor Andrés Umaña Lara la suma de quince mil pesos".

Finalmente, y como subsidiaria de tercer grado pidió se declarara:

"Que la señora Elisa Rojas de Umaña debe restituir al señor Andrés Umaña Lara la suma de quince mil pesos, que ella debe al demandante a título de enriquecimiento sin causa".

Como hechos fundamentales de las acciones propuestas, expuso los siguientes:

"1º—El demandante casó con la demandada el 17 de julio de 1937.

"2º—Hasta hoy estos cónyuges no están divorciados.

"3º—El 21 de octubre de 1942, la demandada compró mediante la escritura pública número 2902, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá, a los señores Alfonso Peña e Isabel Hoyos de Botero Londoño el inmueble determinado en la petición principal PRIMERA.

"4º—La demandada obró al otorgar esta escritura como mandataria del señor Andrés Umaña Lara, para quien compró el inmueble en referencia.

"5º—El precio del inmueble fue de quince mil pesos.

"6º—Este precio fue pagado con dinero del señor Andrés Umaña Lara.

"7º—La suma de quince mil pesos fue entregada por el señor Andrés Umaña Lara a la señora Elisa Rojas de Umaña para el pago del precio del mencionado inmueble.

"8º—El señor Andrés Umaña Lara no tuvo para dicha entrega de la mencionada suma de quince mil pesos ningún motivo oneroso.

"9º—La señora Elisa Rojas de Umaña no tuvo, ni al casarse ni más tarde, medios algunos para comprar el inmueble referido.

"10.—La señora Elisa Rojas de Umaña abandonó el 9 de marzo de 1945 a su esposo, por lo cual éste se ve precisado a hacer uso de los derechos que le concede la ley".

Tramitado el juicio en primera instancia fue decidido por sentencia de treinta de julio de mil novecientos cuarenta y seis, en el sentido de negar todas y cada una de las peticiones de la demanda, y de absolver como consecuencia a la señora Rojas de Umaña de los cargos que se le formularon.

La sentencia del Tribunal

De esta providencia apeló el actor, otorgándosele el recurso mediante auto de once de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, suscrito por el Juez pero no por el Secretario. Así llegó el negocio al Tribunal Superior de Bogotá, donde luego de su tramitación fue decidido por sentencia de diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, CONFIRMANDO la del inferior y condenando en costas al apelante.

Para llegar a esta conclusión, dijo el Tribunal:

Las peticiones principales de la demanda no pueden prosperar, "porque la parte actora no produjo en juicio ninguna prueba de la existencia del contrato de mandato entre las dos partes contendoras, es decir, no hay constancia alguna en el proceso de que la señora Umaña sea o haya sido alguna vez mandataria de su esposo, señor Umaña, ni menos de que con esa calidad hubiera comprado para él la finca de que da cuenta el contrato que recoge la escritura pública número 2902 ya citada".

Esta misma ausencia de prueba respecto de los hechos en que se apoyan las peticiones subsidiarias, constituye asimismo el fundamento de su negativa, agregando respecto de la donación, los siguientes conceptos:

"Se ha querido encontrar esa prueba en la confesión que la señora demandada hizo en posiciones al contestar la quinta pregunta de ellas, pero hay gran diferencia entre el hecho confesado y la donación de quince mil pesos a que se refiere la demanda. En efecto, la señora dijo que es cierto que el primer cheque con que abrió su cuenta corriente en el Banco de Bogotá, en abril de 1942 por valor de nueve mil seiscientos cincuenta pesos, estaba girado a favor de don Andrés Umaña Lara y que él se lo regaló. Pero añade la señora: 'y por cierto que delante del señor En-

rique Vargas Iriarte, jefe de cuentas corrientes del Banco en ese entonces, mi citado esposo Andrés hizo la manifestación expresa de que tal dinero exclusivamente era de mi propiedad y por consiguiente la cuenta'.

"Esta respuesta de la señora de Umaña no prueba donación alguna, como quiera que si, por una parte, dice la señora, que su esposo le hizo un regalo referente al valor del cheque de los nueve mil seiscientos cincuenta pesos, por otra, asevera que su esposo manifestó en presencia del señor Vargas Iriarte que esa suma y la respectiva cuenta en el Banco eran de propiedad exclusiva de la señora de Umaña. De donde resulta, pues, que si eran de propiedad de ésta, no podían ser objeto de una regalía de parte de aquél, pues a nadie se le puede regalar lo que es suyo.

"Hay diferencia entre un regalo y una donación, legalmente hablando, porque para ésta se requieren formalidades legales, en tanto que para el simple regalo, no exige la ley formalidad alguna. Por eso, al alegar aquí el demandante que existe de su parte una donación de quince mil pesos a la demandada y que debe declararse sin efecto y obligarla a devolver la suma, se requiere la prueba de esa donación, porque la ley la exige, es decir, la demostración de que fueron satisfechas las exigencias que la misma ley tiene establecidas para que se configure la donación. Mientras no se pruebe la existencia legal de tal donación, no puede declararse fallida o rescindida".

Y más adelante agrega:

"Y no vale decir que la señora confiesa una parte de la donación, porque el hecho es uno sólo, no puede descomponerse en partes: hubo donación o no la hubo, pero no puede sostenerse que la hubo en relación a la otra parte del dinero cuestionado. La señora no confiesa en las posiciones que hubiera habido donación; de modo que el actor ha debido probar ese hecho".

Demanda de casación

Contra el fallo anterior recurrió en casación el señor apoderado del demandante, e invocó como causales la sexta y la primera del artículo 520 del C. J.

"Causal sexta:

Haberse incurrido en alguna de las causales de

nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley". La funda el recurrente así:

La sentencia del Tribunal incurrió en la causal primera de nulidad de que trata el artículo 448 del C. J. o sea, por incompetencia de jurisdicción para conocer en segunda instancia, por cuanto el auto de once de septiembre de 1946 por medio del cual concedió el Juzgado la apelación contra la sentencia de primer grado, no está firmado por el Secretario, y por lo tanto, no tiene eficacia legal.

Pero como al tenor del artículo 147 del C. J. "La jurisdicción se suspende en uno o más negocios determinados: "1º Por apelación concedida en el efecto suspensivo, desde que se ejecutorió el auto en que se otorga", resulta entonces, que no existiendo un auto legalmente eficaz del Juzgado concediendo la apelación, dicho funcionario no pudo perder la jurisdicción ni adquirirla por consiguiente el Tribunal para conocer de la segunda instancia; por lo tanto, se ha dado un caso de usurpación de jurisdicción por haberse "pretermitado las instancias anteriores", como lo previene el artículo 148 del C. J.

Esa nulidad, prosigue el recurrente, no ha sido legalmente saneada, por cuanto no ha mediado ratificación expresa de las partes que, para los casos de jurisdicción improrrogable, exige el artículo 449, ord. 3º del C. J.; y como este defecto implica la violación de una norma de orden público susceptible por lo mismo de ser invocado como medio nuevo en casación, la Corte debe invalidar la sentencia por dicho motivo.

La Sala considera:

En materia de competencia los expositores siempre han distinguido la competencia absoluta, que se determina por razón de la materia y por razón del grado, de la relativa o simple competencia, que define el artículo 143 del C. J. como "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". Competencia absoluta la tienen pues todos los Tribunales con jurisdicción para conocer de un negocio; así, todos los juzgados civiles del Circuito son competentes para conocer de los juicios de mayor cuantía. Pero no todos sino los de Bogotá, por ejemplo, pueden conocer del que se siga contra el domiciliario de esta ciudad; ésta es la competencia relativa. "Tiene importancia esta distinción, dice Fábrega y Cortés, porque en materia civil puede prorrogarse la jurisdicción a los

Tribunales que tengan competencia absoluta para conocer del negocio; la voluntad de las partes puede confiar un negocio que corresponda a un Tribunal o a otro Tribunal de igual grado, pero no podría traspasar los límites de la competencia absoluta, no podría confiar a un Tribunal el conocimiento de un negocio que excediera de sus facultades por razón de la materia o del grado; por esto conviene recordar la distinción fundamental entre competencia absoluta y relativa". (Lecciones de Procedimientos Judiciales, páginas 256 y 257).

Dentro de estos conceptos, el ejercicio de la facultad jurisdiccional se halla naturalmente subordinado, en cada caso, a la observancia de las fórmulas de ordenamiento procesal establecidas, como garantía del derecho que las partes controvierten en el juicio; por lo cual su transgresión o inobservancia, lógicamente afecta la validez de la actuación que en tales circunstancias se adelanta, hasta cuando las partes, expresa o tácitamente, la ratifiquen.

Ahora bien. La facultad de decisión en que se traduce la competencia, es función privativa del Juez a quien la ley se la atribuye, y no conjunta con las del secretario.

Por lo tanto, la firma con que este funcionario está llamado a autorizar las providencias de aquél, según lo prevenido por el artículo 121 del C. J., no puede constituir, como equivocadamente ha solido entenderse, una formalidad esencial a la existencia jurídica del acto, susceptible como tal de afectar los límites de la competencia absoluta; representa apenas un requisito de autenticación o de forma respecto del acto jurisdiccional ejercido por el Juez, y cuya falta puede ser suplida mediante la aceptación expresa o tácita de las partes en cuyo interés se estableció, cuando a través de la notificación válidamente hecha lo consienten, o dejan vencer el término de la ejecutoria sin presentar reclamo alguno contra él; a la manera que pueden hacerlo en los contratos para modificar consecuencias que sin ser de su esencia, sí están en la naturaleza de la estipulación.

Luego si en el caso de que aquí se trata, el Tribunal Superior de Bogotá, gozaba de la atribución legal para conocer y pronunciarse en segunda instancia sobre el juicio que en primera había sido calificado por el Juzgado Segundo Civil de este mismo Circuito, resulta entonces, que al notificarse regularmente a las partes el auto que, sin la firma del Secretario, concedió la ape-

lación propuesta contra la sentencia de primer grado, y dejarse luego vencer el término de la ejecutoria sin reclamo alguno, ese defecto de naturaleza puramente formal, quedó virtualmente allanado (artículo 449, ord. 1º C. J.), y el Tribunal en capacidad legal de adelantar y decidir válidamente la segunda instancia del juicio.

Estos los términos en que la Corte, en Sala conjunta de Casación Civil, modifica los términos de su anterior doctrina sobre la materia, para concluir como lo hace, que es infundado el cargo que se considera.

Causal primera.— “Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea”. Para establecerla, se alegan por el recurrente los siguientes motivos:

a) Para el Tribunal “hay diferencia entre un regalo y una donación, legalmente hablando”; de semejante afirmación, equivocada y extraña, deduce que no son aplicables al regalo de los \$ 9.650.00 que la demandada confiesa haber recibido de su esposo, las normas contenidas en los artículos 1506, 1195, 1196, 1256, 1443 y 1458 del C. C., 31 de la ley 57 de 1887 y 3º de la ley 28 de 1932, que fijan los términos como deben ser hechas las donaciones; por obra de este error, se infringieron directamente estos preceptos, y, como consecuencia, se negaron las declaraciones subsidiarias que de acuerdo con ellos eran procedentes.

b) Por razón de ese mismo concepto equivocado, y de la afirmación contenida en el fallo “de que para demostrar que una donación es nula (p. ej. por falta de insinuación) es necesario demostrar primero que ella se celebró con cumplimiento de todos los requisitos que la ley exige para que se forme válidamente”, violó asimismo el Tribunal, por infracción directa, los artículos 1458, 1740, 1741 y 1746 del C. C., y 3º de la ley 28 de 1932, todos los cuales ha dejado de aplicar cuando debía forzosamente hacerlo.

c) El Tribunal incurrió en error de hecho al interpretar el sentido de la demanda, cuando concreta a los \$ 15.000.00 pagados por la señora como precio de la casa el interés de la demanda, excluyendo la posibilidad de que sólo pudiera probarse la donación sobre una parte de dicha suma, para negar así la nulidad de la de \$ 9.650.00 que ella confesó. Como consecuencia de esta errónea interpretación del libelo de la demandada, violó por aplicación indebida los artículos 210 del C. J.,

1458, 1740, 1741 y 1746 del C. C. y 3º de la ley 28 de 1932.

d) Finalmente, incurrió también la sentencia del Tribunal en error de hecho al apreciar la confesión de la demandada, y como consecuencia de este error aplicó indebidamente los artículos 606 del C. J., 1458, 1740, 1741 y 1746 del C. C. y 3º de la ley 28 de 1932; porque al reconocer la señora que su esposo le regaló los \$ 9.650.00 del cheque con que abrió su cuenta bancaria, y haberle luego éste manifestado delante de don Enrique Vargas Iriarte que eran de propiedad de aquélla, no puede concluirse, como lo hace el Tribunal, que por obra de esta segunda declaración desaparezca la donación confesada, sino muy por el contrario, que la confesante del regalo se hacía dueña por obra de la donación. Por lo cual lo procedente era reconocer ese hecho, y como consecuencia de la falta de los requisitos que la ley exige para su eficacia, declarar su invalidez:

La Sala observa:

Es evidente desde luego el error de la sentencia al sostener el concepto contradictorio de “que para demostrar que una donación es nula, es necesario demostrar primero que ella se celebró con cumplimiento de todos los requisitos que la ley exige para que se forme válidamente”, y llegar a la conclusión implícita de que, por no haberse hecho tal comprobación en la que es objeto del pleito, no puede la justicia pronunciarse sobre su nulidad; con lo cual violó por haberlas dejado de aplicar, las disposiciones de orden sustantivo señaladas por el recurrente. Porque subordinada la eficacia del acto jurídico a la observancia de los requisitos establecidos por la ley para su validez, el vicio o vicios de que se le acuse tiene precisamente que fundarse en el incumplimiento de tales formalidades; por lo cual resulta absurdo sostener una declaración de nulidad con base en la previa comprobación de la validez del acto.

De igual manera erró el sentenciador de instancia en la distinción no establecida entre **donación** y **regalo**, a efecto de limitar a la primera las formalidades de la ley para la validez del acto o actos por medio de los cuales una persona transfiere gratuitamente a otra que lo acepta, el dominio de determinados bienes, y dejarlas, en consecuencia de aplicar al caso del juicio:

Donar, conforme al sentido gramatical del vocablo, no es otra cosa que “traspasar uno graciosamente a otro alguna cosa o el derecho que sobre ella tiene”; y **Regalar**, es, “dar uno graciosa-

mente una cosa en muestra de afecto o consideración o por otro motivo". Por donde se ve, que en una y otra expresión, el elemento esencial que determina su significado no es otro que el de la gratuidad, por lo cual es desacertado encontrar en cada una de ellas dos ideas distintas.

Esta identidad en el sentido gramatical de las palabras, no tiene modificación alguna en el campo de la ley que no solamente refiere la donación—aún hecha con causa onerosa—, al concepto de enajenación gratuita o puramente benévola, como lo hace el artículo 1462 del C. C. al establecer que "Las donaciones en que se impone al donatario un gravamen pecuniario, o que puede apreciarse en una suma determinada de dinero, no están sujetas a insinuación sino con descuento del gravamen" sino que reconoce expresamente esa identidad de significación de los vocablos, cuando al fijar determinados principios sobre la donación establece en el artículo 1443 del mismo Código, que "Ni se tomarán en cuenta los regalos moderados, autorizados por la costumbre, en ciertos días y casos, ni los dones manuales de poco valor"; lo que en otras palabras significa, que sí deben tomarse en cuenta y están por consiguiente sometidos a la regulación legal, los regalos o dones no moderados o de importante valor siquiera sea con ocasión de circunstancias en que la costumbre suele justificarlos.

Análogo criterio sirve para excluir de la regulación legal de las donaciones a los suministros que por razones de familia se hacen, para atender a necesidades personales de quien las recibe; en ellos el concepto de la gratitud resulta desplazado por el de la obligación que el alimentante debe en la medida de sus posibilidades económicas y de la posición social del alimentario.

No bastan sinembargo estas conclusiones para fijar el sentido del fallo que debe pronunciar la Corte pues que, según se ha visto, a más de los fundamentos, que se acaban de analizar, el Tribunal tuvo en cuenta otras consideraciones que, independientemente de aquéllas, sustentan su decisión, y que atacadas por el recurrente en cargos posteriores, deben igualmente examinarse. Se refieren ellas al sentido mismo de la demanda, y a la falta de prueba que encontró respecto del acto jurídico materia de la controversia.

Para el Tribunal la prueba de la donación se ha querido encontrar en la confesión que hizo la demandada respecto de la suma de \$ 9.650.00 con que en el año de 1942 abrió su cuenta en el Banco, y ello es inaceptable: porque confunde

aquel acto jurídico, con el de la supuesta donación de los \$ 15.000.00 precio de la casa, que es al que la demanda se refiere; y porque al confesar la señora el regalo de la primera suma, agregó la manifestación que en el mismo acto le hiciera su esposo "de que esa suma y la respectiva cuenta en el Banco eran de propiedad exclusiva de la señora de Umaña. De donde resulta que si eran de propiedad de ésta, no podían ser objeto de una regalía de parte de aquél, pues a nadie se le puede regalar lo que es suyo".

Con el primero de estos conceptos, sostiene el recurrente, "la sentencia incurrió en "manifesto error de hecho en cuanto al libelo de la demanda", por cuanto "concretiza la petición del actor a exigir en forma exclusiva el pago de los \$ 15.000.00 valor de la casa, desestimando el sentido claro, natural y obvio del libelo que es obtener el reembolso de la cantidad donada a la señora Rojas de Umaña, bien la totalidad, o la suma que resultare probada", error que lo condujo a la violación de los artículos 1458, 1740, 1741 y 1746 del C. C. y 3º de la ley 28 de 1932. Y con el segundo, erró también de hecho el Tribunal en la apreciación de la prueba por confesión de la demandada, y como consecuencia infringió, por aplicación indebida los artículos 606 del Código Judicial, 1458, 1740, 1741 y 1746 del C. C. y 3º de la ley 28 de 1932.

Se observa:

De las diversas peticiones que contiene la demanda, solamente las subsidiarias de primero y segundo grado están dirigidas concretamente, a que se declare "que la señora Elisa Rojas de Umaña recibió la suma de quince mil pesos, de la cual da cuenta la escritura pública número 2902, otorgada el 21 de octubre de 1942 en la Notaría Tercera de Bogotá, del señor Andrés Umaña Lara a título de donación "revocable" o "irrevocable", y que queda revocada o es nula, por cuyo motivo debe reintegrarla al patrimonio del donante.

Ahora bien; si las súplicas sobre nulidad de la donación se refieren concreta y expresamente a la que tuvo por objeto la suma de \$ 15.000.00 de que da cuenta la escritura de compra del inmueble, es claro entonces que la de los \$ 9.650.00 que la señora confiesa, no puede entenderse comprendida en la demanda, ni los efectos del fallo pueden por consiguiente extenderse a dicha suma, sobre la cual se deja a salvo el derecho del actor para controvertirla en juicio distinto. El concepto opuesto sostenido por el recurrente, re-

quería para su aceptación la prueba de que esta última cantidad hizo parte de la primera, o sea, del precio que la señora pagó por el inmueble comprado mediante la referida escritura; y ya para el recurso ante la Corte, habría sido necesario además, que el fallo del Tribunal se hubiera atacado por este concepto o sea, por error evidente en la apreciación de la prueba a través de la cual se considerara acreditado el hecho de ser uno mismo y no distintos e independientes el acto de la donación del precio de la compra, y el de la donación de los \$ 9.650.00 que el actor le hiciera a su esposa varios meses antes de que aquélla se realizara. Pero como tal comprobación no se hizo, ni sobre el concepto contrario sostenido por el Tribunal se propuso cargo concreto alguno que deba la Corte examinar, mal puede aceptarse el manifiesto error de hecho en la apreciación del libelo, en que se hace consistir el cargo de que se trata.

Finalmente y por lo que hace al error de que se acusa la sentencia, cuando al apreciar el mérito de la confesión que del regalo de los \$ 9.650.00 hizo la señora le niega sinembargo su mérito de prueba de la donación, por haber manifestado el donante que se trataba de un dinero propio de aquélla, la Corte reconoce la validez del cargo, supuesto que el expresado reconocimiento de dominio era apenas una consecuencia lógica de la transferencia gratuita que su esposo acababa de

hacerle. Sólo que dicho error, como los que anteriormente se han dado por establecidos, no es suficiente a determinar la invalidación de la sentencia, porque apoyada ésta en la razón fundamental de no haber sido éste sino un acto distinto el objeto de la controversia, la conclusión final no puede ser distinta a la negatoria que adoptó el sentenciador de instancia en el fallo que ha sido objeto del presente recurso.

Por lo anteriormente 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 diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este negocio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo—Gerardo Arias Mejía—
Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

NO SE PUEDEN CONFUNDIR EL CONTRATO QUE CONSTA POR ESCRITO, CON EL PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO. — TECNICA DE CASACION. — VIOLACION DE LA LEY POR ERRONEA Apreciación DE PRUEBAS

1—El recurrente confunde el contrato que debe constar por escrito, por razón de su valor, con el escrito constitutivo del principio de prueba de tal naturaleza. La diferencia es elemental: el primero es preconstituido, le sirve de apoyo pleno al acreedor para exigir a su deudor el cumplimiento de la obligación no cumplida en los términos de la respectiva estipulación, y en el cual se hallan todos los elementos y formalidades exigidos por la ley para su celebración. En el segundo, no aparecen integrados aquellos elementos, ni rodeado de esas formalidades, por lo regular, carece de la determinación del objeto o de la fecha de la celebración, etc., sin que se pueda requerir al deudor incumplido, con el solo apoyo en él, el cumplimiento de la obligación, pues, a diferencia del acto escrito o contrato propiamente dicho, el principio de prueba apenas da margen a la posibilidad de que el contrato se celebró, lo hace verosímil y permite reconstruirlo en todos sus elementos, con testigos, indicios, presunciones y demás medios de prueba.

Si no fuera así, y como lo anota el profesor Rocha, en su "Tratado de la Prueba en Derecho": "Si el principio de prueba por escrito fuera el contrato, se confundiría el acto jurídico con su prueba, y lo peor, con una incompleta, porque no es sino un principio de prueba: es decir, obtenido el principio de prueba por escrito, todavía faltan otras pruebas que complementen e integren todo el contenido del contrato". Además, el principio de prueba es independiente del negocio impugnado, ya que el acto mismo no puede llevar su auto elisión jurídica, pues, si para destruir la eficacia de un acto o contrato se toma el acto mismo, se cae evidentemente en un círculo vicioso: del documento sólo podrán sacarse indicios y presunciones sobre su naturaleza.

En los contratos escritos, ya sea que la ley

exija esta forma "ad solemnitatem" o "ad probationem", o sea que las partes convengan en hacerlo por escrito, o que el negocio sea de los exentos de esta forma de celebración, existe una presunción de hecho en contra de los pactos anteriores, coetáneos, o posteriores al otorgamiento del respectivo documento, en cuanto éste recoge el contenido completo del contrato. Es de suponerse como apenas natural, que cuando los pactantes después de convenir verbalmente un negocio, resuelven redactarlo y consignarlo por escrito, es porque él es el resultado definitivo e íntegro de todas sus conversaciones y negociaciones.

Así las cosas, el que alegue un acto verbal en oposición al que recoge el documento escrito, deberá destruir la presunción de que éste es completo y demostrar que lo pactado verbalmente debe tenerse en cuenta porque el contenido del documento es incompleto e inexacto y no recoge todo lo convenido. Prueba que consistirá en la demostración de los hechos o circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la celebración y de los que se deduzca notoriamente el valor de los pactos verbales existentes, además del documento. Pero la libertad de prueba en estos casos está restringida por la ley, por razón de la solemnidad del acto y por motivo del valor de la cosa. Y si tal criterio rige para los contratos propiamente dichos, con mayor razón debe regir para el principio de prueba por escrito.

Por otra parte, los contratos contemplados por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 no son solemnnes. En tal virtud, se hallan en la situación exceptiva del artículo 93 ibidem. Esto es, que se puede recurrir a medios distintos de prueba del escrito: a la confesión o absolución de posiciones y al principio de prueba por escrito, que si éste no reemplaza al contrato, lo hace verosímil,

y con la ayuda de otras pruebas, indicias, declaraciones de testigos, etc., que lo complementan y suplen su contenido incompleto, contribuyen a la reintegración de sus elementos, y, consecuentemente, a la formación de la prueba de su existencia.

2.—En casación, cuando se alega la violación de la ley, proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, es necesario que el recurrente alegue y demuestre con la cita y determinación de la prueba correspondiente, que el Tribunal incurrió en un error de derecho o de hecho, manifiesto en los autos, al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponde o que esa apreciación está en evidente contradicción con la realidad procesal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Son antecedentes de este litigio, resumiendo los hechos principales en que se apoya la demanda, los siguientes:

Joaquín E. Pérez a fines del año de 1938 adquirió de la casa "Sidea" de Medellín, un camión marca "International", de tres toneladas de capacidad, automotor que usaba las placas número 723; su adquisición obedeció a una permuta en la cual Pérez entregó un camión viejo marca "M. G. C." de su propiedad y una suma de dinero no inferior a tres mil pesos (\$ 3.000.00) moneda corriente.

Pérez entregó la administración y explotación del camión, dadas sus múltiples ocupaciones, a Antonio Trujillo, a quien le hizo entrega del carro y abrió cuenta y crédito para conseguir la carga que debía transportar el vehículo por la carretera que de Medellín conduce a Santa Rosa y Yarumal y demás sitios vinculados a la carretera Troncal del Norte, quedando la ciudad de Santa Rosa como centro de operaciones.

Trujillo prestaba sus servicios a Pérez en el manejo del automotor por un salario mensual convenido inicialmente, pero dada la circunstancia de la complejidad de las operaciones, convinieron que cuando se cancelara la cuenta prove-

niente del precio del vehículo y de sus accesorios con el producido de la explotación, Trujillo quedaría dueño de la tercera parte de dicho vehículo; posteriormente, aceptaron que sería de la mitad.

Durante la explotación Trujillo deducía de los producidos lo necesario para gasolina, aceite, llantas, repuestos y la suma de ochenta y tres pesos (\$ 83.00) mensuales por concepto de salarios.

Trujillo sin rendir cuenta de la administración del automotor y de un momento a otro se declaró dueño de la totalidad del carro, y requerido por Pérez para que explicara esta posición, llegaron a un acuerdo consistente en que Trujillo intervendría solo en todas las gestiones de explotación del vehículo, y para los fines de su intervención ante la Policía de Tránsito y Circulación, Pérez le dirigió una nota al Director de esta oficina en que solicitaba que la matrícula del carro debía hacerse a favor de Trujillo como propietario.

Con esta nota, Trujillo se consideró único dueño del automotor y desconoció el derecho de Pérez, y éste pidió su secuestro preventivo y promovió la presente acción.

Con estos hechos como fundamento, Joaquín E. Pérez, por medio de apoderado, demandó en noviembre 4 de 1942 ante el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Osos a Antonio J. Trujillo, para que con su audiencia y en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"Que el demandado Trujillo está en la obligación de restituir al señor Pérez T., mi mandante, y dentro del término que usted señale, el camión de marca "International" D. 40, de tres a cuatro Toneladas, de cuatro llantas y signado con la placa N° 723, con todos sus repuestos, aparato que mi mandante puso en manos de Trujillo para su explotación y manejo a sueldo, y que hoy está secuestrado por orden de usted, debido a que dicho empleado se alzó con la posesión de él".

"Que el mismo demandado señor Trujillo debe rendir al señor Pérez cuenta exacta y comprobada de la explotación del aparato citado, en el mes de octubre del año en curso".

"Que el mismo demandado debe pagar al demandante los perjuicios que le ha ocasionado y le ocasione por haberse alzado arbitrariamente con la posesión y propiedad del aparato citado, obligando a su dueño a establecer el presente juicio, cuyas costas debe también pagar, si se empeña en la litis".

Se opuso el demandado a las pretensiones del actor y negó parte de los hechos y aceptó otros.

La sentencia de primera instancia la profirió el Juez del conocimiento con fecha 14 de agosto de 1944, negando las declaraciones pedidas en la demanda, disponiendo el levantamiento del secuestro preventivo decretado en los autos, con las costas que este acto implica para quien lo pidió y sin condena especial al pago de las costas procesales.

Apelado este fallo por las partes, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de marzo 6 de 1947, la mayoría de la Sala y con salvamento de voto de uno de los magistrados que la integran, lo revocó y en su lugar dispuso:

"1º—El camión de que habla la demanda pertenece, por partes iguales, a los señores JOAQUIN E. PEREZ T. y ANTONIO J. TRUJILLO, actor y demandado en el juicio.

"2º—El secuestro procederá a hacer entrega del mueble a los señores mencionados o a la persona que éstos designaren; y

"3º—Trujillo está en la obligación de rendir al demandante las cuentas correspondientes al mes de octubre de 1942, en lo que respecta a una cuota de mitad en el camión. Sin costas".

Como fundamentos de su fallo el Tribunal dá los siguientes:

Que la cuestión esencial planteada en el pleito, es la relativa a la nota de traspaso del carro, cuya realidad afirma el demandado y cuya simulación es el punto de partida del demandante.

Que en su forma, dicha nota no adolece de vicio, y lo confirma la circunstancia de no haber sido redargüida de falsa. La forma como fué traída a los autos, la considera el Tribunal inobjetable, por cuanto el funcionario encargado de la custodia del original, es el autorizado. La cuestión en discusión es la de la parte intrínseca o interna del documento.

Que el demandante negó la realidad del consentimiento y la intención de transferir el dominio, y por tanto a él le corresponde la prueba de la ausencia de intención, y para ello alegó una serie de indicios destinados a probar que siguió considerándose dueño exclusivo del vehículo después de pasada la nota a la oficina de Inspección de Tránsito, y que siguió ejercitando actos que sólo el que tiene esa calidad, ejercita.

En seguida en la sentencia recurrida, el Tribunal enumera los indicios alegados por el demandante para comprobar la simulación del contrato de cesión que se afirma contenido en la no-

ta dirigida a la oficina de Tránsito y como tales: el pago del impuesto de circulación correspondiente a los meses de julio, agosto y septiembre de 1942 hecho por él; el hecho de que a mediados del año de 1942, debido a la escasez de llantas y de repuestos, se rumoró insistentemente que el Gobierno suprimiría el libre transporte y obligaría a los propietarios a afiliarse, movido por estos temores el señor Pérez traspasó a su chofer el camión, tal como lo hicieron muchos otros propietarios; después de la nota de traspaso, durante el mes de octubre, Trujillo estaba interesado en comprar la mitad del camión a Pérez y estuvo consiguiendo el dinero para efectuar esta negociación; durante los meses de agosto, septiembre y octubre de 1942, Trujillo siguió transportando carga sin que protestara o reclamara a los que la consignaban, por el hecho de que le pagaran a Pérez y no a él, y que los despachos de llantas, repuestos, etc., se siguieron haciendo por las casas vendedoras de Medellín por cuenta del mismo Pérez.

"El actor conviene en el hecho de haber pactado con Trujillo que una vez que se hubiera cubierto el precio del camión, la propiedad de este mueble quedaría de los dos por partes iguales. Luego, siendo cuestión fuera de debate la circunstancia de estar íntegramente pagado el precio del vehículo, es innegable que una mitad de él pertenece al demandado. Que la cuestión se reduce, pues, al estudio del título que alega el opositor para ser dueño de la otra mitad y desconocerle ese carácter a su contendor Pérez T.

Fundamento y razón de la oposición de Trujillo es la nota de traspaso que le hizo Pérez T. el 29 de julio de 1942, cuyos términos se han transcrito antes. Observa la mayoría de la Sala que el demandado guarda silencio en lo referente al título de adquisición, entendiendo por tal la causa que haya movido a Pérez a extender el traspaso o cesión. No dice Trujillo si adquirió la mitad que no fue materia del contrato de participación, por venta, permuta, donación o cualquier otro medio legal. Hubiera afirmado la existencia de alguno de estos títulos y hubiera comprobado su realidad, y la faz del negocio cambiaría en forma favorable para él.

"No se diga que la nota de traspaso exonera al demandado de la prueba que se echa de menos, en primer lugar, porque el fallador tendría que declarar que el título del actor cede ante otro título a favor del demandado (venta, permuta, sociedad, donación, etc.), cuya existencia no está

probada, ni aún alegada, y también porque los hechos establecidos por el demandante constituyen, a juicio de la mayoría de la Sala, indicios claros de que Pérez no celebró con Trujillo ningún contrato referente al traspaso de la otra mitad del camión.

“Conforme al Art. 210 del Código Judicial si el demandante pide más de lo que se le debe, el Juez sólo le declara el derecho de lo que pruebe que se le adeuda. Con base en esta disposición se declara que Pérez sólo es dueño de una mitad del camión, y que Trujillo debe rendirle las cuentas al mes de octubre de 1942, en lo referente a esa cuota”.

EL RECURSO

El apoderado del demandado interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, y agotada como está su tramitación se procede a decidirlo.

El recurrente invoca la primera causal de casación, y acusa la sentencia por ser “violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea y también por falta de estimación de unas pruebas, en todo lo cual incurrió el Tribunal por error de hecho y de derecho como aparece de modo manifiesto en los autos”. Y en el desarrollo de la acusación, deduce contra la sentencia los siguientes cargos:

* a) **Error y su demostración.** La sentencia es objeto de reparo, por error de derecho en la apreciación del documento de traspaso del camión “International” —placas N° 723— que el demandante hizo en favor del demandado, el 29 de julio de 1942, en nota dirigida al señor Inspector de Tránsito, el cual fue reconocido por el primero de los nombrados al ser interrogado en posiciones, y cómo tal, “la nota de traspaso es un verdadero documento privado suscrito entre las partes, —demandante y demandado— o mejor suscrito por el primero y aceptado por el segundo bajo su firma, en donde consta que Pérez le cedió a Trujillo el dominio o propiedad plena del camión”.

Estudia el recurrente el contenido de los preceptos de los arts. 1761, 1766, 1767 y 1665 del C. C. para afirmar:

“De suerte que en el contrato de cesión contenido en la nota que venimos examinando, el documento en referencia hace plena fe entre los contratantes. Aducido por Trujillo contra Pérez

sin que éste lo haya redargüido de falso, significa una plena prueba, completa, de que Pérez cedió a Trujillo la propiedad del camión, sin que sea preciso expresar la causa del traspaso en el cuerpo mismo del documento o en parte alguna, pues como lo enseña el art. 1524 del Código Civil: “no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla”, y en el caso de autos la causa real y lícita existe y está aceptada por el demandante desde el momento en que le dio a Trujillo el carro para librarlo. La prueba con que Pérez podría haber desvirtuado la fuerza del contrato contenido en la nota de traspaso necesariamente había de consistir en un acto escrito por tratarse de una cosa que valía y vale más de quinientos pesos (\$ 500.-00), y Pérez no puede modificar esta plena prueba de la cesión que hizo sino con un documento en que Trujillo hubiera intervenido para deshacer así lo hecho con el documento de traspaso (art. 91, ley 153 de 1887, sobre prueba de la obligación que vale más de quinientos pesos)”.

“De manera que el Tribunal incurre en la violación ostensible de los arts. 1759, 1766 del Código Civil y el aparte 2° del art. 91 de la ley 153 de 1887, al desechar como plena prueba entre los contratantes la nota de cesión del vehículo, considerándola simulada, y admitir, para desvirtuar ese documento prueba distinta de la escrita”.

Analiza, el apoderado del recurrente, la prueba indiciaria que el sentenciador estimó con valor demostrativo suficiente, para tomar su decisión, y estudia separadamente, cada uno de los indicios y les hace reparos de carencia de conexión con el hecho que se requiere demostrar: el “animus domini” por parte de Pérez, porque no tiene en cuenta el escrito o la nota de traspaso dirigida al Inspector de Circulación y Tránsito.

Considera la Corte:

El recurrente confunde el contrato que debe constar por escrito, por razón de su valor, con el escrito constitutivo del principio de prueba de tal naturaleza. La diferencia es elemental: el primero es preconstituído, le sirve de apoyo pleno al acreedor para exigir a su deudor, el cumplimiento de la obligación no cumplida en los términos de la respectiva estipulación, y en el cual se hallan todos los elementos y formalidades exigidos por la ley para su celebración. En el segundo, no aparecen integrados aquellos elementos, ni rodeado de esas formalidades, por lo re-

gular, carece de la determinación del objeto o de la fecha de la celebración, etc., sin que se pueda requerir al deudor incumplido, con el solo apoyo en él, el cumplimiento de la obligación pues, “a diferencia del acto escrito o contrato propiamente dicho, el principio de prueba apenas dá margen a la posibilidad de que el contrato se celebró, lo hace verosímil y permite reconstruirlo en todos sus elementos con testigos, indicios, presunciones y demás medios de prueba”.

Si no fuera así, y como lo anota el profesor Rocha, en su “Tratado de la Prueba en Derecho”: “Si el principio de prueba por escrito fuera el contrato, se confundiría el acto jurídico con su prueba, y lo peor, con una incompleta, porque no es sino un principio de prueba: es decir, obtenido el principio de prueba por escrito todavía faltan otras pruebas que complementen e integren todo el contenido del contrato”. Además, el principio de prueba es independiente del negocio impugnado, ya que el acto mismo no puede llevar “su auto elisión jurídica, pues, si para destruir la eficacia de un acto o contrato se toma el acto mismo se cae evidentemente en un círculo vicioso, del documento sólo podrán sacarse indicios y presunciones sobre su naturaleza”.

Ahora bien, el contrato discutido en el juicio, es el de cesión o traspaso del derecho de propiedad total o parcial del demandante al demandado, sobre el automotor marca “International”—camión placas 723—, que versa sobre cosa mueble, que es puramente consensual y no solemne, que no consta por escrito, pero, su objeto vale más de quinientos pesos (\$ 500.00) y de cuya existencia no hay otra constancia que la nota de traspaso o cambio de la inscripción o matrícula a favor de Trujillo, dirigida a la oficina de Circulación y Tránsito, por Pérez; y allí no hay un contrato propiamente dicho, sino un principio de prueba por escrito; no una prueba directa y plena del contrato. Es un simple principio de prueba que hace verosímil el hecho de la cesión o traspaso, que complementado con otras pruebas: indicios, declaraciones de testigos, presunciones y demás medios de prueba pertinentes, que contribuyan a la reconstrucción de todos los elementos que lo constituyen, se puede llegar a formar la de la existencia del verdadero contrato convenido entre Pérez y Trujillo.

El recurrente, como se ha dicho, confunde el posible contrato de cesión del automotor, con el escrito constitutivo del principio de prueba por escrito, y partiendo de esa base errada —la con-

sideración de estar demostrada plena y directamente, la existencia real del contrato de cesión del derecho de propiedad de Pérez a favor de Trujillo, con la nota dirigida a la Inspección de Circulación y Tránsito— construye el reparo a la estimación que de tal escrito hiciera el sentenciador.

En los contratos escritos, ya sea que la ley exija esta forma, “ad solemnitatem” o “ad probationem”, o sea que las partes convengan en hacerlo por escrito, o que el negocio sea de los exentos de esta forma de celebración, existe una presunción de hecho en contra de los pactos anteriores, coetáneos, o posteriores al otorgamiento del respectivo documento, en cuanto éste recoge el contenido completo del contrato. Es de suponerse, como apenas natural, que cuando los pactantes después de convenir verbalmente un negocio, resuelven redactarlo y consignarlo por escrito, es porque él, es el resultado definitivo e íntegro de todas sus conversaciones y negociaciones.

Así las cosas, el que alegue un acto verbal en oposición al que recoge el documento escrito, deberá destruir la presunción de que éste es completo, y demostrar que lo pactado verbalmente debe tenerse en cuenta porque el contenido del documento es incompleto e inexacto y no recoge todo lo convenido. Prueba que consistirá en la demostración de los hechos o circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la celebración y de los que se deduzca notoriamente el valor de los pactos verbales existentes, además del documento. Pero la libertad de prueba en estos casos, está restringida por la ley, por razón de la solemnidad del acto y por motivo del valor de la cosa. Y si tal criterio rige para los contratos propiamente dichos, con mayor razón debe regir para el principio de prueba por escrito.

Por otra parte, los contratos contemplados por el art. 91 de la ley 153 de 1887 —dentro de los cuales se encuentra el sub-judice— no son solemnes, en tal virtud, se hallan en la situación exceptiva del art. 93 ibidem. Esto es, que se puede recurrir a medios distintos de prueba del escrito: a la confesión o absolución de posiciones y al principio de prueba por escrito, que si éste no reemplaza al contrato, lo hace verosímil y con la ayuda de otras pruebas, indiciarias, declaraciones de testigos, etc., que lo complementan y suplen su contenido incompleto, contribuyen a la reintegración de sus elementos, y consecuen-

cialmente, a la formación de la prueba de su existencia.

Aquel proceso de reconstrucción de los elementos del contrato, que se dice celebrado entre Pérez y Trujillo y que se afirma contenido en la nota dirigida por el primero, con la firma del segundo, en señal de aceptación, a la Inspección de Circulación y Tránsito, y en la cual no se expresa nada sobre la extinción de esa cesión —si era total o parcial, ni sobre su naturaleza, si era onerosa o gratuita, ni se dan detalles de ninguna clase— esto es, un clásico escrito constitutivo de un simple principio de prueba, fue el empleado por el sentenciador en la estimación del valor probatorio de esa nota, y de ahí, la coordinación con los demás elementos de prueba, complementarios aducidos por una y otra parte, absolución de posiciones, declaraciones de testigos e indicios, para llegar a la formación de la prueba de la existencia del verdadero contrato convenido entre Pérez y Trujillo.

En aquel análisis de la nota y de los elementos probatorios complementarios y supletorios de su contenido incompleto, no halló el Tribunal la prueba de la existencia de un contrato de cesión total del derecho de propiedad de Pérez, sino la de una cesión parcial —su mitad— y así lo declaró en su decisión. En esta apreciación del valor probatorio de la nota, el sentenciador no le dio mayor, ni menor mérito del que tiene asignado en la ley: el de simple principio de prueba por escrito —de prueba incompleta— que hacía verosímil la existencia de un contrato de cesión, pero indeterminado, y de ahí la necesidad que tuvo de recurrir a los elementos probatorios supletorios para reconstruirlo en todos sus elementos, procedimiento con el cual no incurrió en el error de derecho que le anota el recurrente. En consecuencia se rechaza este cargo.

b) Error manifiesto en la estimación de la prueba contenida en la mencionada nota de traspaso, al apreciarla indebidamente, en consonancia con los indicios y al reconocerle dominio, en parte al demandante sobre el vehículo, y aceptar la acción reivindicatoria intentada, y violando así, los arts. 946 del Código Civil, que define esta acción, y 950 ibidem que señala a quien corresponde la acción de dominio, al que “tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa”, y como Pérez no tiene ninguna no podía intentar la reivindicación.

Considera la Corte:

El cargo es el mismo anterior. Los términos vagos en que está concebido, parecen revelar que se trata de una acusación por error de hecho manifiesto en los autos en la apreciación de la prueba contenida en la tantas veces citada nota de traspaso. Un nuevo estudio del alcance probatorio de dicho escrito es completamente inoficioso.

Además, no aparece en el proceso que la apreciación de aquella nota, esté en manifiesta contradicción con la realidad procesal, y de acuerdo con el estudio hecho del cargo a), el error alegado no es suficiente para producir la certeza de que en la realidad existe, y por tanto, esté de manifiesto, o en forma evidente en los autos.

c) **Falta de apreciación de pruebas aducidas por el demandado.** Se acusa la sentencia recurrida, “por errores de derecho en la apreciación de importantes elementos probatorios aducidos por el demandado, por haberse abstenido el Tribunal de considerarlos en conexión con la nota de traspaso”, así se dice:

“a) Trujillo ha afirmado que Pérez le dió el carro para librarlo, y éste confiesa el hecho calificándolo en el sentido de que sólo era una parte de él, cualificación falsa que Pérez no demostró. Para el efecto en el folio 15 del C. N° 4 se encuentra un certificado dado por Pérez a Trujillo, que dice:

“Santa Rosa octubre 15 de 1942. Estimado señor: Certifico que el señor Antonio Trujillo ha trabajado en un carro que le dí para librarlo durante cuatro años más o menos y es un trabajador competente en todo sentido y a quien se le puede tener completa confianza en los intereses que se le den a manejar. De usted atento y s. s. Joaquín E. Pérez”. Además, en el cuaderno de pruebas del demandado aparecen declaraciones de numerosos testigos ante quienes el demandante hizo manifestación de haber traspasado a Trujillo en forma total el dominio del carro, lo cual no tuvo en cuenta tampoco el Tribunal”.

Este cargo es técnicamente inaceptable. En efecto, no contiene más que una afirmación del recurrente, sin la cita pertinente de las pruebas dejadas de apreciar; pues, apenas si transcribe el contenido de un certificado de buena conducta expedido por Pérez a favor de Trujillo, pero sin razonamiento alguno tendiente a demostrar el error en que se dice incurrió el sentenciador y sin señalamiento de las disposiciones sustantivas

que se estiman violadas, en caso de que el error existiese.

En casación, cuando se alega la violación de la ley, proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, es necesario que el recurrente alegue y demuestre con la cita y determinación de la prueba correspondiente, que el Tribunal incurrió en un error de derecho o de hecho manifiesto en los autos al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponde o que esa apreciación está en evidente contradicción con la realidad procesal. En este caso no le es posible a la Corte estudiar el fondo de la acusación por carencia de los requisitos arriba anotados. En consecuencia, 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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de marzo seis de mil novecientos cuarenta y siete.

Con costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente en la debida oportunidad al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo — Pablo Emilio Mantas — Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—El Secretario, Hernando Lizarralde.

RECURSO DE HECHO—EL VERDADERO MOTIVO DE DUDA ACERCA DE LA CUANTIA NECESARIA PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION, HA DE PROVENIR DE LAS PROBANZAS ADUCIDAS AL INFORMATIVO

La cuantía del juicio, como todos los hechos que en general sirven de base a la legitimación en causa, se determinan por las probanzas aducidas al informativo; entre ellas, la de regulación efectuada en la demanda con la aceptación expresa o tácita de aquél contra quien se dirige, los avalúos periciales que con los requisitos prevenidos por la ley se hayan verificado en el curso de la controversia, etc. En consecuencia, al establecer el art. 524 del C. J. que “cuando sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda y haya verdadero motivo de duda acerca de este punto, el Tribunal, antes de conceder el recurso, dispone se estime aquélla por peritos designados por él mismo”, aquel concepto de certidumbre o de duda ha de estar subordinado a la resultante de dichas pruebas, según sea la conformidad o desacuerdo que ellas ofrezcan.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

En el ordinario que para la sucesión del señor Calixto Mafla promovió el señor Miguel Mafla Ch. contra el Presbítero Manuel Antonio Hormaza, sobre nulidad de la venta de unos bienes y otros extremos, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en sentencia de segundo grado fechada el veinticinco (25) de julio de mil novecientos cincuenta y uno (1951), en sentido adverso a las pretensiones del actor.

Contra esta providencia interpuso oportunamente el interesado recurso de casación, acompañando a la vez las actas de una diligencia de inspección ocular extrajudicial practicada con intervención de peritos para que, en subsidio, y “de acuerdo con el artículo 524 del C. J. se practique un avalúo a nuestra costa”. Una y otra solicitud fueron negadas en auto de 22 de agosto

siguiente, por considerar el Tribunal que la cuantía del negocio es inferior a la suma de \$ 10.000 que conforme al Decreto Legislativo número 3547 de 29 de noviembre de 1950, se requiere para la viabilidad de dicho recurso.

De este último auto se pidió luego reposición, y en subsidio, que se ordenara la expedición de las copias correspondientes para recurrir de hecho ante la Corte. Negada la primera de estas peticiones en proveído de 25 de septiembre, han venido a esta superioridad las respectivas copias, a efecto de que por ella se decida lo pertinente.

La Sala considera:

La cuantía del juicio, como todos los hechos que en general sirven de base a la legitimación en causa, se determina por las probanzas aducidas al informativo; entre ellas, la de regulación efectuada en la demanda con la aceptación expresa o tácita de aquél contra quien se dirige, los avalúos periciales que con los requisitos prevenidos por la ley se hayan verificado en el curso de la controversia, etc. En consecuencia, al establecer el artículo 524 del C. J. que “cuando sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda y haya verdadero motivo de duda acerca de este punto, el Tribunal, antes de conceder el recurso, dispone se estime aquélla por peritos designados por él mismo”, aquel concepto de certidumbre o de duda ha de estar subordinado a la resultante de dichas pruebas, según sea la conformidad o desacuerdo que ellas ofrezcan.

Ahora bien. En el caso de que aquí se trata, como lo sostiene el Tribunal y lo acepta el recurrente, la cuantía del pleito fue determinada —con la tácita anuencia del demandado que no objetó la regulación— en la suma de \$ 9.000.00; y en el curso del juicio, un nuevo avalúo pericial contra cuyas conclusiones tampoco se opuso ningún reparo, comprobó que tal cuantía, como lo dice el Tribunal, “no alcanza siquiera a la fijada en la demanda”. Fuera de estos elementos probatorios no se produjo en el deante ninguno otro destinado a modificar los resultados de aquéllos. Luego si de acuerdo con lo prevenido por el artículo 1º del Decreto Legislativo en que

se apoya el Tribunal, la cuantía para el recurso de casación fue elevada a la suma de \$ 10.000.00 para los juicios respecto de los cuales no se hubiera pronunciado sentencia de segunda instancia, y para la fecha en que se dictó la del presente negocio ya estaba en vigencia aquella disposición, es claro entonces que dentro del estado de absoluta certeza que producen las pruebas antes ameritadas, el Tribunal no podía menos de negar, como lo hizo, tanto el otorgamiento del recurso como la práctica del avalúo pericial que subsidiariamente se le pidió.

Porque no siendo posible tomar en cuenta el avalúo que en suma superior a la de \$ 10.000.00 le dieron los peritos en concepto extrajudicial practicado *ad-hoc*, o sea, cuando el fallo ya había sido pronunciado, por ante un Juez competente, y del que, más aún, no se dio siquiera traslado a la parte contraria, tampoco puede existir "verdadero motivo de duda" sobre la cuantía resul-

tante de las informaciones que obran en el juicio, y que resulta en todo caso inferior al mínimo establecido para que sea procedente el recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, **DECLARA LEGALMENTE** negado el recurso de casación, propuesto contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este negocio, lo mismo que la solicitud subsidiaria sobre avalúo pericial de la cuantía.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Tribunal Superior de Pasto, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

**Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas.
Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.
Hernando Lizarralde, Secretario.**

ACCION DECLARATIVA DE INEXISTENCIA DE UN CONTRATO DE SOCIEDAD COLECTIVA CIVIL.—EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE ESTA CLASE DE SOCIEDAD NO REQUIERE ESCRITURA PUBLICA Y, POR TANTO, SI SE HACE CONSTAR EN DOCUMENTO PUBLICO, ESTE SOLO DEBERA REGISTRARSE EN EL LIBRO NUMERO 2º DE LA RESPECTIVA OFICINA.—COSA DISTINTA ES QUE SI SE HA CONVENIDO EL TRASPASO DE INMUEBLES A TITULO DE APOORTE, EL CONTRATO DE ENAJENACION EXIJA EL REGISTRO DEL DOCUMENTO TAMBIEN EN EL LIBRO NUMERO 1º — LA SOCIEDAD TIENE EXISTENCIA AUN ANTES DE QUE LOS SOCIOS CUMPLAN SU OBLIGACION DE VERIFICAR LOS APORTES

El perfeccionamiento del contrato de sociedad colectiva civil, no requiere la solemnidad de escritura pública que es indispensable a la organización de sociedades mercantiles (artículo 465 del C. de Co.). Por esto, la escritura en que, no obstante, se haga constar la formalización de una de aquellas sociedades, apenas si necesita del registro que en general exige la ley para “todo documento que se otorgue o que se protocolice ante Notario” (artículo 2652, ordinal 10 del C. C.), a efecto de que pueda ser tenido como prueba, según lo prevenido por el artículo 2673 del mismo Código. Luego registrada la escritura social en el Libro Nº 2º de la respectiva oficina, como corresponde a esa clase de contratos (artículo 2641 *ibidem*), dicho instrumento es prueba legal de su organización, y como tal debe ser reconocido.

Otra cosa es que por haberse convenido en él un aporte de inmuebles, el contrato específico de enajenación de este patrimonio a la sociedad, que conlleva el instrumento, haga también indispensable su registro en el Libro número 1º. Entonces, las solemnidades de que debe rodeársele, no dicen relación alguna con la eficacia o validez del acuerdo social, sino con las de la tradición misma del dominio en que se traduce el aporte; por lo cual, su inobservancia, si susceptible de afectar la efectividad de este último, nada tiene que hacer con el perfeccionamiento mismo del contrato de sociedad, que es, por su naturaleza, consensual, y que jurídicamente se conforma desde que con los requisitos de capacidad, con-

sentimiento, objeto y causa que son comunes a todos los contratos, concurren los específicos de aquél, o sea, el aporte particular de cada socio, propósito de lucro, participación de utilidades y de pérdidas y voluntad de asociación.

En virtud del acuerdo en que se observan tales formalidades, la sociedad nace a la vida del derecho, y los socios adquieren por consiguiente para con ella las obligaciones derivadas de las cláusulas de su organización, entre las cuales se halla desde luego la de verificar el aporte prometido; en términos de que “si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros socios tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta” (artículo 2127 del C. C.); y de que si “aún por culpa leve ha retardado la entrega de lo que toca poner en común”, resarza a la sociedad de los perjuicios que le haya ocasionado con el retardo (artículo 2109 *ibidem*). De todo lo cual se deduce, que al estipularse los aportes con que cada socio debe concurrir a la formación del fondo común, la sociedad adquiere cuando menos los créditos en que aquella obligación se traduce, cumpliéndose con ello la previsión contenida en el artículo 2081 del C. C., y según el cual “no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero”; de otra suerte sería absurdo hablar del derecho de la sociedad a ser indemnizada por el retardo

y el de los socios a darla por disuelta por el no pago del aporte, cuando dentro de la hipótesis contraria, dicha entidad no habría podido alcanzar para entonces existencia jurídica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b).—Bogotá, febrero cinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante escritura pública número 335 de 26 de junio de 1916, de la Notaría de Garagoa, registrada el 31 de agosto del mismo año en el Libro número 2º de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tunja, los señores Presbítero Dionisio García e Ignacio Roa, acordaron “una compañía de negocios con asiento en la ciudad de Tunja y en los términos que indican las siguientes cláusulas: **Primera.** Para el establecimiento de una compañía aportan en partes iguales un capital de quinientos cincuenta mil pesos papel moneda, en esta forma: Un terreno en la vereda de Concepción, jurisdicción de Cóbbita, consistente en tres potreros en uno de los cuales se halla una casa de teja; y dos estancias situadas en la vereda de Soto, jurisdicción de Motavita, por valor de trescientos sesenta mil pesos papel moneda. En dinero efectivo ciento noventa mil pesos papel moneda. Las fincas referidas fueron compradas por el segundo de los socios y escrituradas a su favor por el señor Ladislao Cely; los linderos de ellas son los consignados en la misma escritura otorgada por Cely a Roa, en la Notaría Primera del Circuito de Tunja. De los ciento noventa mil pesos papel moneda se halla comprado un lote de veintiseis novillas y un torrete por la suma de cincuenta y tres mil quinientos pesos papel moneda; el resto queda en expectativa para la compra de otro terreno, ganado o cualquiera otra operación. — **Segunda.** La administración de esta compañía queda a cargo de Roa en cuyo poder queda también el saldo de dinero. — **Tercera.** La cifra quemadora del ganado o animales pertenecientes a la compañía será ésta: R. — **Cuarta.** Las utilidades líquidas de la compañía se dividirán en cinco partes iguales, dos para el primero y tres para el segundo, y lo mismo se procederá respecto de pérdidas. Los gastos generales y todo lo necesario para el desarrollo y adelanto de la compañía serán de cargo de la misma compañía. — **Quinta.** El tér-

mino o plazo de esta asociación será de tres meses prorrogables. — **Sexta.** Se harán balances cada seis meses y se enviará copia de ellos al socio ausente. — **Séptima.** En caso de ensanche de la asociación, podrán los socios aumentar proporcionalmente sus capitales. — **Octava.** De las utilidades que se obtengan podrán los socios retirar cantidades proporcionales al hacer los balances”.

En funcionamiento la sociedad así constituida, acordaron los señores Roa y García por escritura pública número 638 de 29 de octubre de 1917, otorgada en la misma Notaría, segregar de las fincas raíces aportadas por el primero a la sociedad, un potrero de forma triangular, deslindado como allí mismo se expresa, el cual se dio en venta al Presbítero García, en los términos que el mismo instrumento determina.

Posteriormente, y antes de que venciera el plazo prefijado para la duración del contrato social, acordaron los socios por escritura pública número 637 de 18 de octubre de 1918, otorgada en la misma Notaría, disolverla y liquidarla, correspondiéndole a cada uno de ellos lo siguiente: al doctor Dionisio García le quedó la mitad de la finca raíz la mitad del ganado existente y la mitad de las bestias; al señor Ignacio Roa se le adjudicaron..., la mitad de la finca raíz que consta en la escritura de compañía, la mitad de los ganados y la mitad de las bestias existentes”, quedando “también pago en la quinta parte que le corresponde como socio administrador”. Estipularon asimismo “que libre ya el señor Ignacio Roa en el manejo y administración de los bienes que le correspondieron en la compañía disuelta, le adjudica en venta real y enajenación perpetua al doctor Dionisio García la cuota que le correspondió en la finca raíz de la compañía ya mencionada por la suma de ciento cuarenta y cinco mil pesos (\$ 145.000.00) papel moneda que el señor Roa declara recibida”, y por la ubicación y linderos que allí mismo se expresan; y “que en cuanto al pasivo de la sociedad, se arreglaron todas las deudas antes de hacerse la liquidación”.

El 24 de enero de 1933 falleció el señor Roa, dejando como herederos suyos a su hija Isabel Roa de Iregui, y a su esposa doña Belarmina Rosas de Roa.

En tales circunstancias advirtió el Presbítero García el defecto de registro que traía la escritura de 1916, mediante la cual se organizó la extinguida sociedad de que se viene hablando, por

no haberlo sido en el Libro número 1º, y al efecto lo subsanó mediante inscripción verificada el día 24 de marzo de 1938.

En estas circunstancias decidieron las herederas de Roa demandar al Presbítero García, para que mediante los trámites correspondientes al juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones:

Primera.—Que es inexistente el contrato de sociedad o compañía contenida en la escritura pública número 335 de 26 de junio de 1916 otorgada en la Notaría de Garagoa, "por falta total de aporte pecuniario y de toda otra especie, de parte del socio doctor Dionisio García";

Segunda.—Que, como consecuencia de la declaración anterior se declare igualmente, que no hubo tradición del dominio a favor de la pretendida compañía que quisieron constituir los señores Dionisio García e Ignacio Roa por la escritura a que se alude en la petición que antecede, de los bienes raíces que el señor Ignacio Roa dijo aportar para la constitución de la supuesta compañía, tradición del dominio que no se cumplió por ser inexistente la convención de sociedad impugnada, por omisión del registro del título escriturario enunciado en la súplica anterior en el Libro número 1º de la Oficina de Registro del Circuito de Tunja... y además, por no haberse determinado por su situación y linderos los bienes raíces materia del aporte en cuestión";

Tercera.—Que como consecuencia, se declare que pertenecen a la sociedad conyugal Roa-Rosas y a la sucesión líquida del señor Ignacio Roa, representadas por las demandantes, los bienes materia de la demanda.

Cuarta.—Que como consecuencia se condene al demandado doctor García a restituir a la sociedad y sucesión expresadas los títulos raíces de que se viene hablando;

Quinta.—Que asimismo se le condene a pagarles los frutos naturales y civiles de dichos bienes, no solamente los producidos sino los que hubiere podido producir con mediana inteligencia y actividad, de haber estado dichos bienes en poder de sus dueños legítimos;

Sexta.—Que como consecuencia se ordene la cancelación de los registros de la escritura pública número 335 de 26 de junio de 1916 de la Notaría de Garagoa, efectuados el 31 de agosto de 1916 en el Libro número 2º y el 24 de marzo de 1938 en el Libro número 1º; y

Séptima.—Que se le condene al pago de las costas del juicio si se opone.

En subsidio de las anteriores peticiones propuso las siguientes:

Primero.—Que el registro de la escritura pública número 335 de 26 de junio de 1916 de la Notaría de Garagoa, y que, se efectuó el 24 de marzo de 1938 en el Libro número 1º de la correspondiente Oficina de Registro, no operó la tradición del dominio de los bienes raíces que el señor Ignacio Roa dijo aportar para la constitución de la sociedad que se hizo constar en dicha escritura, por haberlo sido cuando ya la sociedad estaba disuelta, y por no haberse determinado los linderos correspondientes;

Segundo.—Que al demandado doctor García no le corresponde derecho alguno en la liquidación de la sociedad que dijo constituir con el señor Roa, ya por no haber adquirido dicha sociedad el derecho de dominio sobre los bienes raíces aportados por éste, como por no haber cumplido el socio García las obligaciones que contrajo al acordar el expresado contrato;

Tercero.—Que, en consecuencia se declare que por virtud del acuerdo de disolución de la sociedad consignado en la escritura número 637 de 18 de octubre de 1918, el Presbítero doctor García no adquirió derecho alguno de dominio sobre parte alguna de los bienes raíces que don Ignacio Roa dijo aportar a la sociedad;

Cuarto.—Que se declare nulo el contrato de compraventa celebrado por el señor Ignacio Roa con el doctor Dionisio García contenido en la escritura número 637 de 18 de octubre de 1918 de la Notaría de Garagoa, por no haber sido el vendedor dueño de ningún derecho de cuota sobre la finca raíz materia de la venta;

Quinto.—Que como consecuencia, se declare pertenecer a la sociedad conyugal ilíquida Roa-Rosas y a la sucesión del señor Ignacio Roa, los bienes raíces que éste dijo aportar a la sociedad acordada con el demandado;

Sexto.—Que como consecuencia se le condene a restituirles los expresados bienes.

Séptimo.—Que asimismo se le condene a pagarles los frutos naturales y civiles que estos bienes hayan producido o podido producir desde el 18 de octubre de 1918, fecha en que se hizo la liquidación social;

Octavo.—Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene la cancelación de los registros de las escrituras números 335 de 26

de junio de 1916 y 637 de 18 de octubre de 1918, otorgadas ambas en la Notaría de Garagoa; y

Noveno—Que se condene al demandado al pago de las costas procesales.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja a quien correspondió el conocimiento del juicio, desató la controversia en sentencia de 25 de marzo de 1946 en el sentido de negar las declaraciones tanto principales como subsidiarias que se habían propuesto y de absolver, en consecuencia, al demandado de los cargos correspondientes.

La sentencia del Tribunal

De este fallo apelaron las dos partes para ante el Tribunal Superior de Tunja, el cual desató el recurso en sentencia de 23 de agosto de 1948, confirmando en todas sus partes la sentencia de primer grado, y condenando a la parte actora en las costas de la segunda instancia.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal tuvo en cuenta, entre otras consideraciones, las siguientes:

De la simple lectura de las cláusulas del contrato social se llega a la certeza "de que el objeto de la sociedad fue la cría, desarrollo y engorde de ganado en los tres potreros y el cultivo de las dos estancias, con la expectativa de las utilidades resultantes.

"Esta certeza adquiere mayor relieve si se tiene en cuenta que a esas dos únicas finalidades se dedicaron las labores de los socios, particularmente las del socio administrador. Ningún testigo, ningún indicio, ni ningún hecho establecido, pero ni siquiera una vaga sugestión de las demandadas, insinúan la existencia de operaciones distintas de las que se dejan expresadas. Por eso mismo, al verificarse la liquidación del haber social, éste estaba constituido únicamente por el inmueble aportado y los semovientes que no habían sido vendidos. Tal realidad, que en vano puede ser objeto de reparo alguno, conduce a la evidencia de que los actos propios de la sociedad no fueron actos de comercio y que el contrato relacionado en la escritura 335 de 1916 fue específicamente el de una sociedad colectiva civil. Colectiva, tanto por ser dos los socios como porque uno de ellos, Roa, por acuerdo de los dos, expresado en el título constitutivo de la sociedad, fue designado administrador (artículo 2087, inciso 2º del C. C.). Y civil, porque los actos objeto de sus actividades no fueron actos de comercio, pues pertenecían a los previstos por el ordinal 4º

del artículo 22 del C. de Co., que se reprodujo atrás".

Enuncia luego la sentencia los requisitos que, desde el punto de vista de los contratos en general, y del de sociedad en particular, son indispensables al perfeccionamiento de este último, todos los cuales encuentra cabalmente satisfechos en el que es materia de este pleito; y luego agrega: "Las exigencias legales para la constitución del contrato de sociedad no son iguales para todas sus clases. Algunas son comunes a tipos distintos. Así, por ejemplo, la colectiva de comercio y la anónima requieren escritura pública registrada, lo que vale decir que son contratos solemnes. En cambio, la colectiva móvil no requiere tal solemnidad. De manera que la establecida entre el doctor García y el señor Roa, si éste no hubiera aportado inmuebles, habría existido legalmente haciéndolo constar en simple documento privado".

Analiza a continuación, la forma como cada uno de los socios contribuyó a la formación del patrimonio social y refiriéndose concretamente a la influencia que en el aporte del socio señor García cabe asignar a la falta de registro oportuno y adecuado del de los inmuebles cuyo dominio se quiso llevar a la sociedad, acoge los siguientes conceptos del Juzgado de primera instancia sobre el particular:

"En nuestra legislación el contrato de compraventa es consensual respecto de los bienes muebles, y solemne cuando versa sobre inmuebles (artículo 1857 del C. C.) y la tradición de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (artículo 756 del C. C.). De manera que, perfeccionado el contrato, el vendedor tiene la obligación principal de entregar la cosa vendida, y desde que la entrega se verifica, pasa el dominio del vendedor al comprador. En tratándose de inmuebles, no es la entrega material de la cosa el modo de transferir el dominio, pues ese fenómeno se verifica por medio de la inscripción del título en la oficina de registro de Instrumentos Públicos.

"En efecto, nuestro Código Civil respecto del contrato de compraventa, a diferencia, entre otros, del Código Civil francés, siguió los principios del Derecho Romano en cuanto que se necesitan el título y el modo para adquirir el derecho *in re* sobre la cosa vendida. Pero el título seguido de la entrega material, aún tratándose de inmuebles, transfiere también el dominio aún

sin el **modo** de la inscripción registratoria, aunque en este caso corre la contingencia de que pueda ser registrado otro título de venta de la misma cosa. Y precisamente el contenido del artículo 1873 del C. C., da asidero a la afirmación que acaba de hacerse, puesto que cuando el vendedor vende separadamente una misma cosa a dos personas, debe preferirse al comprador a quien se hizo la entrega, lo que significa que en virtud de tal entrega deja de ser dueño el vendedor, y nada puede transmitir al otro comprador; y aplicando el mismo sistema a la moderna institución del registro, si la venta versa sobre bienes raíces el comprador que registra primero su título, debe ser preferido al otro, porque la inscripción hace pasar el dominio del vendedor al comprador.

“Ahora bien, en el caso concreto de que se trata, perfeccionado el contrato de venta o enajenación de los bienes raíces que el señor Ignacio Roa dijo aportar a la sociedad en el respectivo contrato escriturario constitutivo de la sociedad, y muerto el aportante Roa sin haber cumplido la obligación de transferir el dominio por medio de la inscripción de aquel título en el Libro de Registro número Primero del Circuito de Tunja, como se lo imponían los artículos 1880 y 1882 del C. C., tales obligaciones pasaron a sus herederos en virtud de lo dispuesto por el artículo 1155 del Código Civil; y no habiendo éstos cumplido con tal obligación, el ex-socio comprador de tales aportes en inmuebles, doctor García, la cumplió haciendo inscribir el título escriturario número 335 de fecha 26 de junio de 1916, en el Libro competente de la Oficina del Circuito de Tunja, el 24 de marzo de 1938, inscripción que no necesitaba el concurso ni del causante señor Roa ni de sus herederos, pues para este efecto basta exhibir al registrador copia auténtica de los títulos o documentos que según la ley están sometidos a esa formalidad (artículo 2657 del C. C.), y ese empleado no puede rehusar sus servicios a ninguna persona que lo solicite”.

De lo expuesto, concluye la sentencia, que no habiéndose hecho en el lapso corrido entre el 26 de junio de 1916 y el 24 de marzo de 1938 otras inscripciones respecto de los citados bienes que la de las escrituras 338 de 1917 y 637 de 1918, por medio de las cuales se enajenó al mismo Presbítero García los bienes llevados a la sociedad que por medio de esta última se liquidó, la que en el año de 1938, se efectuó en el Libro número 1º respecto de la primera de estas escrituras, re-

trotrajo válidamente a la fecha de su otorgamiento la enajenación acordada en favor de la sociedad, consolidando así el dominio de los bienes en favor del citado doctor García.

Por último, y en relación con la falta de linderos que se observa respecto de los bienes aportados a la sociedad considera el Tribunal, que aun cuando entre los requisitos que según el artículo 2594 del C. C. y “por regla general” deben llenar en estos casos los instrumentos que se otorgan ante el Notario está comprendido el de la especificación de dichos linderos, los artículos 2595 siguiente y 33 de la ley 57 de 1887 expresan cuáles son las formalidades sustanciales cuya omisión, “sin perjuicio de los motivos legales de nulidad”, determinan la invalidación del instrumento; y que como entre éstos no se halla comprendido el de la especificación de linderos, resulta que, establecida su identidad por otros medios, no procede la invalidación por dicho motivo.

Causales de casación

Contra la anterior sentencia opuso la parte demandante recurso de casación, con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., y por los motivos que, en síntesis, pueden concretarse así:

“Por infracción directa, interpretación errónea e indebida aplicación” quebranta el fallo del Tribunal: Los artículos 740, 759, 1502, 1882 y 2637 del C. C., en cuanto reconoce erróneamente como contrato perfecto de sociedad el acordado entre los señores Roa y García en 1916, y a dicha entidad como persona legalmente capaz de adquirir deudas y contraer obligaciones, no obstante que el registro de la escritura que era esencial a dicho perfeccionamiento y a la tradición del dominio de los inmuebles que dijo aportar el primero, apenas tuvo lugar en el año de 1938, cuando ya la sociedad había sido disuelta y liquidada (cargos primero, segundo y tercero). El artículo 1155 del mismo Código, por haber considerado que, muerto Roa, la obligación que éste tenía de transmitir el dominio de los inmuebles a la sociedad pasaba a sus herederos, cuando no se estipuló que para tal evento la sociedad continuara con ellos (cuarto cargo). Los artículos 2594 y 2595 del mismo, y 33 de la Ley 57 de 1887, por estimar perfeccionado el contrato social, a que se aportaban inmuebles, sin que éstos se hubieran singularizado por medio de linderos (quinto car-

go). Los artículos 1618 y 1620, porque sin ser el caso de interpretar cláusula ninguna del contrato social, se funda en tales disposiciones para darle al pacto un sentido que no corresponde a la situación originada con la falta del oportuno y debido registro de la escritura (sexto cargo). Y, finalmente, el artículo 2081 del citado Código Civil, por haber considerado como existente una sociedad a la cual, por la falta de registro, habría dejado de llevar su aporte uno de los socios, y aplicado erróneamente a dicho contrato los principios que rigen para la compraventa, en cuanto el registro posterior retrotrae su validez y efectos a la fecha en que se acordó (séptimo cargo).

Como se ve, los distintos cargos que el recurrente opone a su libelo, pueden sencillamente resolverse, en el de ser la sentencia violatoria de determinadas disposiciones sustantivas, por haber considerado erróneamente el Tribunal como perfecto el contrato social de que se trata no obstante que, por haberse registrado la correspondiente escritura en el Libro número 1º cuando ya la sociedad se hallaba disuelta, y omitido en ella los linderos con que era forzoso identificar los inmuebles que se aportaban a su patrimonio, quedó sin realizarse la tradición de dominio en que consistía dicho aporte, y por lo tanto sin perfeccionarse el respectivo contrato.

La Sala considera:

El perfeccionamiento del contrato de sociedad colectiva civil, como lo observa el Tribunal con la implícita aceptación del recurrente, no requiere la solemnidad de escritura pública que es indispensable a la organización de sociedades mercantiles (artículo, 465 del C. de Co.). Por esto la escritura en que, no obstante, se haga constar la formalización de una de aquellas sociedades, apenas si necesita del registro que en general exige la ley para "todo documento que se otorgue o que se protocolice ante Notario" (artículo 2652, ordinal 10, C. C.), a efecto de que pueda ser tenido como prueba, según lo prevenido por el artículo 2673 del mismo Código. Luego registrada la escritura social Roa-García en el Libro número 2º de la respectiva oficina, como corresponde a esa clase de contratos (artículo 2641 *ibidem*), dicho instrumento es prueba legal de su organización, y como tal debe ser reconocido.

Otra cosa es que por haberse convenido en él un aporte de inmuebles, el contrato específico de enajenación de este patrimonio a la sociedad, que conlleva el instrumento, haga también indispen-

sable su registro en el Libro número 1º. Entonces, las solemnidades de que debe rodearse, no dicen relación ninguna con la eficacia o validez del acuerdo social, sino con las de la tradición misma del dominio en que se traduce el aporte; por lo cual su inobservancia, si susceptible de afectar la efectividad de este último, nada tiene que hacer con el perfeccionamiento mismo del contrato de sociedad, que es por su naturaleza consensual, y que jurídicamente se conforma desde que con los requisitos de capacidad, consentimiento, objeto y causa que son comunes a todos los contratos, concurren los específicos de aquél, o sea, el aporte particular de cada socio, propósito de lucro, participación de utilidades y de pérdidas y voluntad de asociación.

En virtud del acuerdo en que se observan tales formalidades, la sociedad nace a la vida del derecho, y los socios adquieren por consiguiente para con ella las obligaciones derivadas de las cláusulas de su organización, entre las cuales se halla desde luego la de verificar el aporte prometido; en términos de que "si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros socios tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta", (Art. 2127 del C. C.); y de que, si "aún por culpa leve ha retardado la entrega de lo que le toca poner en común", resarza a la sociedad de los perjuicios que le haya ocasionado con el retardo (art. 2109 *ibidem*). De todo lo cual se deduce, que al estipularse los aportes con que cada uno de los socios debe concurrir a la formación del fondo común, la sociedad adquiere cuando menos los créditos en que aquella obligación se traduce, cumpliéndose con ello la previsión contenida en el artículo 2081 del C. C. y según el cual "no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero"; de otra suerte sería absurdo hablar del derecho de la sociedad a ser indemnizada por el retardo y el de los socios a darla por disuelta por el no pago del aporte, cuando dentro de la hipótesis contraria de que parte el recurrente, dicha entidad no habría podido alcanzar para entonces existencia jurídica.

Ahora bien. Según se vio por la transcripción que en otro lugar se hizo de las cláusulas del contrato social acordado entre los señores Roa y García, sus estipulaciones concretaron en forma indubitable el aporte con que cada uno de los dos

contribuía al fondo común: para el primero dicho aporte consistía en los inmuebles que se iban a explotar, y en el esfuerzo o trabajo que implicaba la administración, y por cuyo concepto se le reconocía una mayor participación en las ganancias; y para el Presbítero García, en la suma de \$ 190.000.00 papel moneda que efectivamente entregó al socio administrador, para los fines acordados. Y si ésto es así no puede entonces sostenerse que por no haberse hecho la tradición del dominio de los inmuebles a la sociedad, ésta no alcanzó a tener existencia jurídica, ni menos aún, cuando por la escritura de liquidación que posteriormente se hizo, consta con absoluta certeza que la sociedad recibió del aportante Roa el uso y goce de aquellos bienes, así como el trabajo o industria a que se obligó como administrador, y que con la efectividad de este aporte y el del Presbítero García, la sociedad pudo iniciar y desarrollar los fines que se habían propuesto, hasta llegar a su liquidación. Luego si la compañía existió y tuvo vida como persona jurídica, nada se opone a que con posterioridad a su disolución pudiera válidamente registrarse el traspaso de inmuebles que al tiempo de su organización se le hizo, para perfeccionar retroactivamente a esta fecha la tradición de su dominio, como unánimemente se ha reconocido en el caso de la persona natural que adquiere y fallece antes de que el registro haya podido realizarse.

Así las cosas queda sólo por considerar el cargo que se relaciona con la violación de los artículos 2594 y 2595 del C. C. y 33 de la Ley 57 de 1887, por haber estimado la sentencia como válido un contrato sobre enajenación de inmuebles, no obstante haberse omitido en él la correspondiente identificación por medio de linderos.

Desde luego la Corte, contra el parecer de expositores tan connotados como el doctor José María González Valencia, ha definido la observancia de dicha formalidad como requisito esencial a la validez del respectivo acto o contrato. Y aun cuando el tema podría prestarse a muy serias reflexiones, dado el supuesto hipotético en que el artículo 1889 del C. C. previene la obligación de entregar "si se vende con señalamiento

de linderos", y el mismo concepto de "por regla general, de que se vale el artículo 2594 citado por el recurrente, para referirse a tal formalidad, la Sala se abstiene de hacerlo frente a las posteriores declaraciones que en las escrituras de 1917 y 1918 hicieron los propios interesados, y a virtud de las cuales el Presbítero García adquirió del señor Roa el dominio de la totalidad de los inmuebles que éste quiso aportar al patrimonio de la compañía, con causa en la participación que el comprador tenía derecho de percibir al liquidarse la sociedad, y en los dineros que en efectivo recibiera el vendedor al tiempo de tales operaciones, y según lo que en estos contratos se expresa.

De donde se deduce que, identificados en tales escrituras por sus linderos los mismos bienes que fueron objeto del aporte social, y transmitido con los correspondientes registros el dominio que Roa mantuviera en su cabeza a favor del Presbítero García, no sólo quedó subsanada, por quienes válidamente podían hacerlo, la informalidad en que consiste el cargo, sino perdido para el señor Roa y sus herederos, todo interés legítimo en el dominio que pretenden. El cargo pues, como los anteriores, debe rechazarse.

En mérito de las consideraciones que preceden, 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 veintitres (23) de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo — Pablo Emilio Manotas—Güalberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.



ACCION REIVINDICATORIA — EL TRASPASO QUE EL DEMANDANTE EN ACCION REIVINDICATORIA HAGA DE SU DERECHO SOBRE LA COSA EN FAVOR DE OTRA PERSONA, NO LO DESPOJA DE SU INTERES COMO ACTOR — NO INVALIDA LA ACTUACION EL QUE HAYA SIDO REALIZADA EN PAPEL COMUN NO REVALIDADO POSTERIORMENTE — LA PRUEBA TESTIFICAL ES IDONEA, POR REGLA GENERAL, PARA DEMOSTRAR QUE UN DETERMINADO PREDIO FORMA PARTE DE OTRO — EL DERECHO DE RETENCION CONSGRADO POR EL ART. 970 DEL C. C. ES DE OFICIOSO RECONOCIMIENTO

1—El hecho de que el demandante en juicio reivindicatorio venda, después de propuesta la demanda, la cosa reivindicada a otra persona, a quien se admite en el proceso como coadyuvante, ni determina el insuceso del pleito ni lo despoja de su interés como actor, entre otras razones por la cardinal de que como vendedor está obligado a entregar y a sanear la cosa vendida, y tales obligaciones no puede cumplirlas mientras aquélla o parte de la misma estén poseídas por el demandado.

2—No es motivo para dejar de considerar unas declaraciones el de que hayan sido extendidas en papel común que no fue revalidado, pues tal circunstancia no invalida esa actuación, como lo prevé el artículo 345 del C. J., sino que daría lugar, previo el lleno de las formalidades que en esos casos son requeridas, a la sanción de que habla el artículo 351 *ibidem*.

3—No es hecho que por su naturaleza exija para su constatación de conocimientos especiales o científicos y que por tanto sólo pueda ser eficazmente establecido mediante examen pericial, el de si un predio determinado está comprendido dentro de otro de mayor extensión, pues el solo conocimiento que se adquiere por el sentido de la vista es suficiente en la generalidad de los casos para constatarlo. De allí que la prueba testifical, que de suyo es legalmente idónea para comprobar hechos que caigan normalmente bajo el dominio de los sentidos, sea jurídicamente admisible y apta para comprobar ese hecho.

4—Cuando el sentenciador deduce la demostración de un hecho de un conjunto de pruebas, no le basta al recurrente, para

triunfar en casación, atacar una o algunas de ellas, sino que le es preciso combatirlas eficazmente a todas.

5—El derecho de retención que consagra el artículo 970 del C. C. es, como lo ha sentado la jurisprudencia, un derecho de oficioso reconocimiento, como lo es también todo lo relacionado con las prestaciones mutuas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda) 6

El Juez Primero del Circuito en lo Civil de Ciénaga, en sentencia de veinte y cinco de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, le puso fin a la primera instancia del juicio ordinario que sobre reivindicación de un inmueble propuso Enrique González contra José Francisco de la Hoz, Trinidad Ortega, Pedro P. Manjarrés y Víctor Jiménez, a quienes aquél señaló como demandados en su condición de poseedores. Esa sentencia no accedió a ninguno de los pedimentos de la demanda, entre los cuales figura como principal, el de la restitución del terreno de que el actor afirmó ser dueño, quien no conformándose con lo resuelto interpuso apelación para ante el Tribunal Superior de Santa Marta. Esta entidad decidió el recurso en sentencia de veinte y siete de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, por la que revocó la apelada y en su lugar condenó a los demandados a restituir al demandante el globo de terreno que reivindica y no accedió a los demás pedimentos del libelo sobre condena al pago de frutos y costas.

En la motivación de esa sentencia sostiene el

Tribunal que el actor comprobó plenamente el derecho de dominio que alega con la copia debidamente registrada de la Escritura Pública N° 271 de 2 de octubre de 1933, de la Notaría Primera del Circuito de Santa Marta, por medio de la cual la United Fruit & Co. le dio en venta el globo de terreno de 214 hectáreas de extensión, determinado en la primera petición de la demanda, y que en igual forma estableció que el lote que se reivindica está comprendido dentro de los linderos generales del que adquirió por medio del citado instrumento. Para dar como probada esta última circunstancia acogió las exposiciones de los cinco testigos que al efecto cita.

También aceptó como demostrado con el documento auténtico que menciona (F. 4, Cuad. N° 5 del demandado), que José Francisco de la Hoz, Trinidad Ortega, Pedro P. Manjarrés y Víctor Jiménez, demandados, son los actuales poseedores del terreno materia de la reivindicación y que esa posesión data de antes del mes de abril de 1934.

Pasó luego el sentenciador a examinar la excepción de prescripción alegada por el demandado José Francisco de la Hoz, en que éste invoca en su favor no sólo la posesión suya sino la que también tuviera su tradente Víctor Antonio Durán Rocha, y después de transcribir en lo pertinente las declaraciones de varios testigos que cita, dijo:

"Todas las declaraciones que se han copiado contienen la afirmación de que el señor Durán Rocha estaba en posesión del terreno, o bien que lo estaba poseyendo desde determinada época. Se usan, pues, las voces posesión y poseer, cuyo significado no es hecho o cosa simple sujeto a la vista, sino que envuelve un concepto de carácter jurídico formado por un elemento material, la tenencia u ocupación de un bien y el ánimo con que se tiene ese bien (Art. 762 del Código Civil). Siendo así, no debe tenerse como probada una posesión porque la afirmen muchos testigos si no mencionan hechos de donde pueda deducirse que hubo la aprehensión material de la cosa y el ánimo de hacerla suya el agente. Las declaraciones que se examinan, además del concepto sobre que Durán Rocha estaba en posesión del predio, contienen la afirmación de hechos que los declarantes dicen haber presenciado como son desmontes, construcción de una casa, corral, siembra y plantaciones.

"Actos de esa naturaleza son aceptados por nuestro Código Civil (art. 981) como adecuados

para demostrar la posesión del suelo. Pero ello no quiere decir que siempre que esos actos se ejecutan hay posesión, porque también puede realizarlos un comodatario o un colono. Precisamente, en la Zona Bananera del Magdalena se ha usado ampliamente del cultivo de la tierra por el sistema de arrendamiento. Las empresas extranjeras productoras del guineo han tenido extensas propiedades explotadas por arrendatarios. Cabe, pues, preguntar con qué carácter obraba el señor Durán Rocha, cuando talaba bosques, arreglaba cercas y levantaba plantaciones en el predio de la disputa. El punto es de difícil solución por falta de datos. Sin embargo en la Escritura Pública que contiene la venta de tal predio llevada a cabo por Durán Rocha a favor de José Francisco de la Hoz, hay un cláusula que dice: TERCERO: Que el derecho de dominio que vende lo hubo el exponente así: Porque en su carácter de colono cultivador de buena fe, lo poseyó y cultivó en su mayor parte de pastos naturales y artificiales con su propio y personal esfuerzo y dinero de su peculio, etc".

"Es lo mismo colono que arrendatario, y si así hubieran de tomarse las palabras del texto en el sentido que le dan los diccionarios de la lengua, habría que concluir que los actos de que hablan los declarantes no fueron realizados con ánimo de dueño. Pero esta conclusión podría adolecer de error porque los campesinos no emplean por lo general las palabras en su sentido exacto. Pero lo que sí puede decirse sin exagerar es que no hay prueba que permita decir que los tales actos eran hechos con ánimo de dueño precisamente".

En seguida el Tribunal se detiene en un análisis pormenorizado de la prueba instrumental traída por el actor como demostración del derecho de dominio que alega, y remata ese estudio con las siguientes conclusiones:

"Quiere esto último decir que hay enlace entre la adquisición hecha por Enrique González de la "United Fruit Company" y las adquisiciones hechas por esta empresa de manos de Agustín Cabarcas, la "Colombian Land Company" y la "Compagnie Immobilière et Agricole de Colombie".

"Siendo así, el título de Enrique González se remonta en parte al año de 1907, y en parte a 1912 y en parte a 1922".

"A estos títulos opone el demandado de la Hoz el dicho de testigos sobre los actos de posesión que vieron hacer a dicho opositor. Muy bien podrían prevalecer esas declaraciones sobre los tí-

tulos si ellas contuvieran afirmaciones de hechos concretos, determinados, de los cuales se dedujera de manera concluyente que el demandado estuvo en posesión del terreno. Pero los hechos narrados son vagos e imprecisos y no generan la convicción de que existió esa ocupación permanente con ánimo de dueño”.

Contra ese fallo sólo el demandado José Francisco de la Hoz interpuso recurso de casación, el que debidamente sustanciado se procede hoy a decidir.

Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente propone varios cargos contra la sentencia. En los dos primeros, que tienen común fundamento jurídico y de hecho, y que por ello se estudian conjuntamente, dice aquél, en síntesis, lo siguiente:

Que la litis contestatio sólo vino a trabarse el 23 de agosto de 1940; que para esa fecha el actor, que se dijo ser dueño de la finca que reivindica, no tenía el carácter de tal, pues según se ve del certificado expedido por el Registrador de Ciénaga (Cuaderno Nº 3, pruebas de aquél), resulta que en agosto de 1936, Soledad de González había adquirido la propiedad del globo general en que se afirma está comprendido el que se reivindica por haberlo adquirido de Rafael García, quien a la vez lo hubo de Enrique González, demandante, en 18 de julio de mil novecientos treinta y seis; que aunque esta señora fue admitida como coadyuvante por el Juzgado y el Tribunal, éste incurrió en manifiesto error de derecho al admitirla, puesto que habiendo adquirido antes de la notificación de la demanda, la sentencia ni la aprovecha ni la perjudica; que aunque pudiera ser estimada como coadyuvante ello no le daba mérito al demandante González para obtener para sí la reivindicación del globo de terreno de que no era dueño; y que a consecuencia de esos errores, el Tribunal quebrantó los artículos 946, 950 y 669 del C. C.

En el cargo segundo expresa que al afirmar el Tribunal que el aludido certificado del Registrador demuestra que está vigente la inscripción de la Escritura Nº 271 por medio de la cual el demandante adquirió el derecho de dominio que alega, incurrió en evidente error de hecho, pues de ese mismo certificado consta que dicha inscripción fue cancelada por el registro de la Escritura por medio de la cual González vendió el mismo terreno a su esposa Soledad de González, y que a consecuencia de ese error, quebrantó los artículos citados en el cargo primero.

Para resolver, se considera:

La demanda inicial de este pleito, fechada el 18 de octubre de 1935, fue admitida el 28 de ese mismo mes y año y notificada al demandado de la Hoz el nueve de noviembre siguiente, quien por haber propuesto algún incidente sobre excepción dilatoria sólo llegó a contestarla el 19 de octubre de 1937. Los demás demandados, por razón de haberse decretado una nulidad parcial del proceso, evacuaron el traslado con fecha 12 de septiembre de 1940. Finalmente, por auto de 4 de junio de 1941, se aceptó a la señora Soledad R. de González como parte coadyuvante en el juicio, por haber comprobado que “es dueña del terreno dentro del cual se encuentra” el que es materia del pleito. Ese auto se ejecutorió sin que mediara reclamo alguno de las partes.

Ahora en casación pretende el recurrente que se desconozca esa situación contra la cual no hizo reclamación oportuna en la primera instancia, cosa a todas luces inadmisibles sobre todo si se considera que la sentencia del Tribunal, que es la que está sometida a la revisión de la Corte, nada decide en relación con la coadyuvancia de la señora de González, por lo cual el ataque que por ese aspecto se hace está fuera de lugar.

De otro lado, en el momento de proponerse y admitirse la demanda, el titular de la acción de dominio lo era el demandante Enrique González, pues los títulos respectivos estaban aún en cabeza suya. Nadie más que él podía proponerla. Y si ya iniciado el juicio traspasó su derecho a otro, que fue admitido como coadyuvante y a quien indudablemente aprovecha la sentencia, tal circunstancia ni determina el insuceso del pleito ni lo despoja de su interés como actor, entre otras razones por la cardinal de que como vendedor está obligado a entregar y a sanear la cosa vendida, y tales obligaciones le eran de imposible cumplimiento mientras partes del inmueble que vendió estuviesen poseídas por el demandado, que alegaba derecho de dominio sobre ellas.

Lo dicho pone de presente que el error que el recurrente le atribuye al sentenciador al no tomar en cuenta el certificado del registrador a que alude sobre vigencia de la inscripción de los títulos del actor al momento de dictarse la sentencia, carece de incidencia para la decisión del pleito y consiguientemente del recurso de casación.

No prosperan los dos cargos referidos.

TERCER CARGO

Dice, en resumen, el recurrente que con la Es-

critura N° 116 de septiembre de 1935 acreditó que es causahabiente de Antonio Víctor Durán en el globo de terreno que se reivindica; que con los testimonios que cita comprobó que Durán venía poseyendo dicho globo desde antes de 1905; que por tal motivo podía sumar a la suya la posesión de su tradente para los efectos de la prescripción adquisitiva que alegó, y que el Tribunal al desestimar, como desestimó, esa excepción incurrió en los errores que siguen:

a) En error de derecho al no tomar en cuenta las declaraciones de Eusebio Orozco y Alfredo Hernández fundándose para ello en que no se extendieron en papel sellado sino en común, que no fue revalidado, a consecuencia del cual violó los artículos 2518, 2527, 2531, 2532 del C. C. y 2° de la Ley 52 de 1936, y

b) En error de derecho al desestimar con las razones que del fallo copia, los testimonios que en parte transcribe, los cuales a su juicio acreditan actos materiales que según la ley son los establecidos para probar la posesión, y que a consecuencia de ese error de derecho consistente en considerar que esa prueba no acredita la posesión cuando sí la demuestra, el Tribunal quebrantó los artículos 762, 981, 2518, 2527, 2531, 2532, 669, 946, 950 del Código Civil y 2° de la Ley 52 de 1936.

Considera la Sala:

A) Ciertamente que estuvo desacertado el sentenciador al no entrar a considerar las dos declaraciones a que el recurrente alude, con fundamento en que habían sido extendidas en papel común, que no fue revalido, pues tal circunstancia no invalida esa actuación, como lo prevé el artículo 345 del C. J., sino que daría lugar, previo el lleno de las formalidades que en esos casos son requeridas, a la sanción de que habla el artículo 351 ibídem. Empero de ese error no se deduce el quebranto de las disposiciones que cita el recurrente, puesto que tales testimonios no prueban los hechos generadores del derecho que alega, desde luego que el declarante Eusebio Orozco (f. 6, Cuad. N° 8), no expresa, como lo requiere la ley, la razón de sus dichos, y que el testigo Alfredo Hernández, (f. 6 v. y 7, del mismo cuaderno), dice que no sabe desde qué año venía poseyendo Durán los terrenos ni cuáles son los linderos de éstos. Tales pruebas, al ser estimadas, ninguna influencia habrían tenido ni tienen en la solución del pleito.

6—Gaceta

B) En el caso de autos, el error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial que cita el recurrente habría consistido en que el Tribunal hubiese negado que con aquélla se demuestran los hechos sobre que declaran los testigos; mas tal cosa no ha ocurrido, pues por el contrario el sentenciador acepta expresamente que las “declaraciones que se examinan, además del concepto sobre que Durán Rocha estaba en posesión del predio, contienen la afirmación de hechos que los declarantes dicen haber presenciado como son desmontes, construcción de una casa, corral, siembra y plantaciones” y reconoce también que “actos de esa naturaleza son aceptados por nuestro Código Civil (art. 981) como adecuados para demostrar la posesión del suelo”. Otros son los motivos cardinales en que el sentenciador se funda para no darle operancia a esa prueba para demostrar la posesión alegada: de un lado sostiene que en la Zona Bananera del Magdalena, en donde están ubicados los terrenos, “se ha usado ampliamente el cultivo de la tierra por el sistema de arrendamiento” por lo cual en presencia de aquellos solos hechos no resultaba posible determinar con qué carácter obrara Durán cuando los verificaba en el predio en disputa, y de otro afirma que en el expediente “no hay prueba que permita decir que los tales actos eran hechos con ánimo de dueño precisamente”.

Y esos fundamentos en que el fallo se apoya para no darle entrada a la prueba aducida por cuanto no demuestra los dos elementos —corpus et animus— que conjuntamente son requeridos para comprobar posesión, no han sido atacados en forma alguna por el recurrente, y por ello el cargo resulta ineficaz y no se admite.

CUARTO CARGO

Aquí afirma, en resumen, el recurrente que el demandado para triunfar en la acción reivindicatoria ha debido justificar que el globo que se reivindica está comprendido dentro del de mayor extensión, de que se dice dueño; que el Tribunal para dar por demostrado ese extremo acogió el dicho de dos testigos —Efraín Monsalvo y Abraham Fontalvo— y que esa prueba no es legalmente idónea para probar ese hecho, el “que sólo podía dilucidarse por medio de peritos”, por lo cual al acogerla, incurrió el sentenciador en error de derecho y en quebranto consecencial de los artículos 946 y 950 del Código Civil.

Se considera:

En sentir de la Sala no es hecho que por su naturaleza exija para su constatación de conocimientos especiales o científicos y que por tanto sólo pueda ser eficazmente establecido mediante examen pericial el de esclarecer si un predio determinado está comprendido dentro de otro de mayor extensión, pues el solo conocimiento que se adquiere por el sentido de la vista es suficiente en la generalidad de los casos para constatarlo. De allí que la prueba testifical, que de suyo es legalmente idónea para comprobar hechos que caigan normalmente bajo el dominio de los sentidos, sea jurídicamente admisible y apta para demostrar uno de la naturaleza del que habla el recurrente. Esta somera observación pone de manifiesto que el Tribunal no ha incurrido, al estimar las declaraciones a que se alude, en el error de derecho que se le imputa, pues éste sólo se produce cuando se le dá a una prueba un valor de que carece conforme a la ley o se le niega el que ella misma le asigna, y sabido es, además, que dos declaraciones de testigos que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de lugar, tiempo y modo, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible de acuerdo con la ley. Así lo enseña el artículo 697 del C. J.

Por otra parte, el cargo adolece de una grave falla, que lo hace ineficaz. En efecto, el Tribunal para dar por probado el hecho cuestionado, no sólo se atuvo a las declaraciones de Efraín Monsalvo y Abraham Fontalvo, sino también a las de Santiago Peña, Rafael Gutiérrez y Ricardo Barros, pues en el fallo dijo:

“Estima el Tribunal que estas cinco (5) declaraciones prueban que el terreno demandado está dentro de los linderos del que González compró a la United Fruit Company”.

Y la Corte en repetida jurisprudencia ha dicho que cuando el sentenciador deduce la demostración de un hecho de un conjunto de pruebas, no le basta al recurrente para triunfar en casación atacar una o algunas de ellas, sino que le es preciso combatirlas eficazmente a todas.

Se rechaza el cargo.

QUINTO CARGO

Dice el recurrente que en la Escritura Pública

Nº 271 ya mencionada y que el demandante aduce como su título de dominio, consta que adquirió 387 hectáreas incultas, y que de otro lado con la prueba testifical que cita se justifica que tanto el tradente del recurrente como este mismo hicieron en el predio que se reivindica cultivos y mejoras; que el Tribunal no tuvo en cuenta esa prueba para resolver sobre prestaciones mutuas, a pesar de que ordenó la restitución en favor del demandante; que en consecuencia, incurrió en error de hecho evidente, que lo llevó a quebrantar los arts. 966 y 967 del Código Civil.

Se considera:

Le asiste al recurrente plena razón en esta acusación contra la sentencia. En efecto, de la Escritura Pública Nº 271 de 2 de octubre de 1933, corrida en la Notaría Primera del Circuito de Santa Marta, (F. 1º a 17, cuaderno principal), que el demandante invoca en los hechos 1º y 3º de la demanda como la fuente o el título de su dominio, consta que lo que adquirió por compra a la United Fruit Company fueron, “trescientas ochenta y siete (387) hectáreas incultas” y con la abundante prueba testimonial que se cita, y principalmente con las declaraciones de Manuel José García (f. 16), José María Erce (f. 21), Santiago Peña (f. 30). se comprueba plenamente que Durán Rocha, tradente del demandado, como éste, plantaron mejoras y cultivos en el terreno que se reivindica, tales como cultivos de pastos artificiales, tala de bosques, construcción de cercas, casa, corral para lechería, etc. con anterioridad a la contestación de la demanda.

De otro lado, como el Tribunal le asignó al demandado la condición de poseedor de buena fe, y en este punto que lo favorece el fallo es intocable, por no haber recurrido en su contra el demandante, aquél tiene un claro derecho a que se le abonen tales mejoras, de conformidad con lo estatuido en el artículo 966 del Código Civil.

De lo anterior se deduce que el Tribunal incurrió en el error de hecho que se le imputa y en el quebranto consecuencial de la disposición sustantiva que acaba de citarse, por lo cual el fallo acusado debe ser parcialmente casado en el sentido expresado, y para reconocerle, además, al demandado el derecho de retención que consagra el artículo 970 ibídem, que es, como lo ha sentado la jurisprudencia, un derecho de oficio.

so reconocimiento, como lo es también todo lo relacionado con las prestaciones mutuas.

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 el fallo recurrido, con el solo fin de adicionarlo en el sentido de condenar al demandante a pagarle al demandado las mejoras de que se habló en la parte motiva de esta sentencia, de conformidad con lo estatuido en los artículos 966 y 967 del Código Civil, y de reconocerle al mismo demandado el derecho de retención en los términos del artículo 970 del Código Civil.

Queda en firme dicho fallo en todo lo demás que en él se decide y que no sea contrario a lo aquí resuelto.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineño—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA — TECNICA DE CASACION — CUANDO SE ATACA EN CASACION UNA SENTENCIA POR ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS, NO BASTA CITAR LAS DISPOSICIONES PROCEDIMENTALES EN LAS CUALES SE SEÑALA EL VALOR DE CADA UNO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS, SINO DEBE INDICARSE TAMBIEN LA NORMA LEGAL SUSTANTIVA RELATIVA AL DERECHO CONTROVERTIDO EN EL PROCESO

1—El motivo de casación consagrado y definido en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial es el de violación de ley sustantiva, y por tal se entiende aquella que otorga derecho, o impone obligaciones a las personas.

Por eso, cuando la violación proviene de un error de derecho en la apreciación de determinada prueba, no basta citar la disposición procedimental que consagra el valor de ésta, sino que es preciso también señalar como violados los preceptos de la ley sustantiva relativos al derecho mismo cuya existencia se ha controvertido en el proceso. A la Corte no le es dable suplir oficiosamente la deficiencia en la formulación de un cargo.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil ha repetido constantemente que “la causal de casación establecida en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial es la violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse entre otras circunstancias, por razón de una errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate; pero en todo caso es el quebranto de la ley sustantiva el motivo de casación consagrado en dicho numeral, pues la errónea apreciación de pruebas no es por sí causal de casación.

“Una demanda de casación —ha dicho también la Corte— limitada a acusar por dicho error, aún en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo precedente, que es, al tenor clarísimo de ese numeral primero, el de violación de la ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirle así en el umbral, sin traspasar las puertas de entrada al

recurso mismo, la que con esa demostración apenas se ha abierto”.

2—Cuando una sentencia se apoya en varias razones, y el recurrente en casación sólo ataca algunas de ellas, no es procedente la casación del fallo si los fundamentos no atacados por quien recurre son por sí solos soportes suficientes para mantener la decisión adoptada por la sentencia de instancia.

3—La prueba testimonial sí es admisible para demostrar la falsedad de un documento privado, pues a este respecto es idóneo cualquier medio de prueba consagrado por la ley. La restricción sobre prueba de testigos que establecen los artículos 91 de la Ley 153 de 1887 y 703 del Código Judicial, es para casos y efectos distintos del aquí contemplado.

4—Para que pueda estudiarse un ataque en casación, es necesario, dentro de la técnica de este recurso, que se señalen e individualicen, determinándolos, cada uno de los textos legales que se consideran infringidos, indicando también el concepto en que se consideran violados (art. 531 del C. J.). Si se trata de errores de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, a través de los cuales se ha producido el agravio a la ley sustantiva, también es de rigor para que prospere el cargo que se señalen tales errores con toda precisión y las normas de la ley desconocidas o vulneradas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez Civil del Circuito de Sevilla, V., Obdulia Román de Hincapié propuso juicio ordinario contra Francisco Díaz para que se declare que es dueña del inmueble determinado en el hecho 1º de la demanda y para que se condene al demandado a restituírselo junto con sus frutos.

Surtido el juicio con la oposición del demandado, el Juzgado sentenció condenándolo al tenor de las peticiones del libelo, considerándolo como poseedor de buena fe, y recurrido que fue ese fallo por el vencido, el Tribunal Superior de Buga lo confirmó en el suyo de dos de noviembre de 1948.

Entre los antecedentes de ese pleito conviene destacar los siguientes:

1º) Por Escritura Pública Nº 1245 de 26 de diciembre de 1936, otorgada en la Notaría del Circuito de Sevilla, Leonor Muñoz de Román dijo vender a Evaristo Brito, entre otros bienes, el que es materia de la reivindicación.

2º) Mercedes Arias viuda de Evaristo Brito, por Escritura Nº 736 de 1º de octubre de 1938, dice transferir a Leonor Muñoz de Román, además de otros bienes, el de que trata el litigio, manifestando que "la presente escritura es una devolución de dichas propiedades que hace la señora Arias de Brito a la señora Muñoz de Román, pues consta en documento privado, de fecha 22 de diciembre de 1936, que original se agrega al protocolo para insertarlo en las copias que de este instrumento se expidan, que Evaristo Brito era un mero tenedor de esas propiedades".

3º) En Escritura Nº 1426 de 18 de diciembre de 1945 de la citada Notaría, Leonor Muñoz de Román transfirió a Obdulia Román de Hincapié el bien que ésta reivindica.

4º) Ese bien se adjudicó a Ramón Brito, en el juicio sucesorio de Evaristo Brito, según consta en hijuela número 1084, de 28 de agosto de 1944, de la Notaría de Sevilla, y aquél lo vendió a Francisco Díaz Pérez, demandado, según Escritura Nº 313 de 5 de mayo de 1947, de la misma Notaría.

En los hechos 2º y 3º de la demanda afirmó la actora:

"2º—La tradente señora Leonor Muñoz de Román había adquirido la casa y solar determinados en el hecho precedente, por medio de la escritura Nº 736 de 1º de octubre de 1938 de la Notaría de Sevilla, otorgada por la señora Mercedes Arias viuda de Brito".

"3º—La escritura Nº 736 referida en el hecho

anterior la otorgó la señora Mercedes Arias viuda de Brito en cumplimiento del documento privado suscrito por el señor Evaristo Brito y la señora Leonor Muñoz de Román en el que se hizo constar que el contrato de compraventa enunciado en la Escritura Nº 1245 de fecha 26 de diciembre de 1936 de la Notaría de Sevilla era simulado, contrato celebrado entre los mismos que suscribieron el documento en mención".

Al contestar la demanda, en relación con esos puntos, dijo el demandado:

"Al hecho segundo: Es cierto, en este caso como en el anterior, se trató de una escritura simulada, toda vez que la otorgante no tenía ningún título de tradición y menos de dominio sobre el inmueble que quiso enajenar";

"Al hecho tercero: No es cierto, pues aunque exista un documento privado en donde se hace aparecer como firmante al extinto señor Evaristo Brito, tal pieza viene a ser solamente la constitución de un hecho criminoso, ya que cuando fue escrito y se suplantó la firma del mentado Brito, este señor hacía largo tiempo había dejado de existir, tal como lo comprobaré en la respectiva secuela del juicio";

Sentencia acusada

En esta providencia el Tribunal sostuvo que los títulos del actor debían prevalecer sobre los del demandado, por tener éstos origen en un contrato de compraventa simulado, y por ello decretó la reivindicación fundándose, entre otras en las siguientes consideraciones:

"Satisfecha por el demandado en la etapa probatoria de esta segunda instancia la deficiencia relacionada con el título de su causahabiente, Ramón Brito, tradente de aquél, y que diera origen a su condenación en la primera instancia, se plantea ahora para este Tribunal la solución de una cuestión fundamental que dice relación con la validez de los títulos que demandante y demandado alegan como es lo relativo a la falsedad o autenticidad del documento privado que aparece suscrito por Evaristo Brito con fecha 26 de diciembre de 1936 y en el cual se declara que la Escritura Pública Nº 1245 de esa misma fecha es simulada, pues con ella sólo se pretendió constituir a Evaristo Brito como simple tenedor de los inmuebles allí relacionados y que aparecen dados en venta a aquél por la señora Leonor Muñoz de Román".

Y después de referirse a la diligencia de inspec-

ción ocular y al dictamen pericial practicados en relación con el citado documento, dice:

"Es verdad como lo afirma el doctor Victoria Viveros en su alegato de conclusión ante la Sala, corresponde probar la autenticidad del documento no reconocido por ninguno de los medios legales a quien la alega. Pero es igualmente cierto que el documento privado referido fue protocolizado juntamente con la escritura pública N° 736 de octubre 1° de 1938 por medio de la cual Mercedes Arias v. de Brito dio a título de venta a la señora Leonor Muñoz de Román, tradente de la actora, entre otros inmuebles, la casa y solar que se discuten, lo que pone de manifiesto que cuando el señor Francisco Díaz, opositor, adquirió el mismo inmueble por la venta que le hiciera Ramón Brito, ya aquel documento privado tenía fecha cierta para el nombrado Díaz, toda vez que esta última venta le fue hecha por escritura pública N° 313 de 5 de mayo de 1947, surtiendo como consecuencia efectos contra éste.

"En sentir de la Sala dicho documento privado tiene mérito legal suficiente para acreditar la simulación del primitivo contrato de compraventa celebrado por Evaristo Brito con Leonor Muñoz de Román por cuanto que sus efectos se hacen también extensivos a sus sucesores, así se trate de un acreedor, en virtud de que la fecha cierta que dicho documento tiene desde el 1° de octubre de 1938, fecha de su protocolización, fecha también anterior a aquella en que le fue hecha la adjudicación a Ramón Brito dentro del juicio de sucesión del citado Evaristo, la que se evidenció con la sentencia aprobatoria de la partición de fecha 22 de abril de 1944".

"No se puede aceptar que el conjunto de declaraciones de los señores Ramón Elías Sánchez, Gonzalo Martínez, Pedro P. Quiceno y Ramón Antonio Osorio (fs. 3 v., 4, 7, y 15 del cuaderno de pruebas N° 3), puedan desvirtuar en mínima parte aquel documento privado por cuanto que ellas no determinan si se trata precisamente del mismo que Antonio Muñoz pretendió hacer firmar de tales declarantes y por lo demás es absolutamente inoficioso querer desvirtuar dicho documento privado con el solo dicho de testigos frente a los claros términos del artículo 91 de la Ley 153 de 1887 en armonía con el artículo 703 del C. Judicial. Aunque pudiera argüirse que dicha restricción dice sólo relación a las partes y no a los terceros, como lo ha definido la jurisprudencia y la doctrina, lo que para el caso de autos no sería razonamiento aceptable si se tie-

ne en cuenta que el causante y sus sucesores constituyen una misma persona, con la advertencia sí que en tratándose de Ramón Brito la Sala ignora si se trata de un heredero o de un acreedor, pues la hijuela correspondiente nada dice al respecto, como muy oportunamente lo anota en su sentencia el juez a-quo".

"Ante la validez del documento privado, aceptada por esta Sala, y el cual fue firmado con fecha 26 de diciembre de 1936, en la cual fue otorgada la Escritura Pública N° 1245, por la cual Leonor Muñoz dá a título de venta a Evaristo Brito entre otros bienes la casa y el solar discutidos, no es posible tomar en consideración la hijuela N° 1 de que da cuenta la escritura N° 1084 de 28 de agosto de 1944, que contiene la protocolización del juicio de sucesión del señor Evaristo Brito, por cuanto que al adjudicársele a Ramón Brito un bien que realmente no pertenecía al causante tal adjudicación carece de validez, ya que lo contrario atentaría contra elementales principios de equidad. Es precisamente por esa circunstancia que nuestra Corte Suprema de Justicia ha aceptado que la sola hijuela de adjudicación de un bien sucesoral no es suficiente para acreditar la posesión sobre éste, sino que es indispensable complementarla con el título respectivo que el de cujus tenía sobre dicho bien. No teniendo por consiguiente, Evaristo Brito al producirse su muerte el derecho de propiedad sobre el inmueble que se pretende reivindicar, no es aceptable ni lógica ni jurídicamente que Ramón Brito haya adquirido la propiedad sobre la aludida casa y solar.

"De los anteriores razonamientos se desprende claramente que cuando Obdulia Román de Hincapié adquirió a título de venta de Leonor Muñoz de Román el mencionado inmueble, por medio de la escritura pública número 1426 de 18 de diciembre de 1945, no adquirió cosa ajena sino precisamente el derecho de dominio que la señora Muñoz de Román tenía legítimamente sobre el tantas veces citado inmueble".

Finalmente encontró que la simulación a que se había referido estaba corroborada con el indicio que estimó grave de que la señora Muñoz de Román permaneció en posesión del inmueble que apareció como vendiendo.

La parte demandada ha recurrido en casación y como a ese recurso se le ha dado la tramitación que le corresponde y ha llegado la oportunidad de decidirlo, a ello se procede en seguida.

Apoyándose en la causal 1ª del artículo 520 del

Código Judicial, el recurrente formula varios cargos contra la sentencia, los cuales se resumen y estudian siguiendo el orden en que se proponen.

A). Dice el recurrente que el sentenciador para dar por demostrada la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura número 1245 de 26 de diciembre de 1936, otorgada por Leonor Muñoz de Román en favor de Evaristo Brito, aprecia como pruebas las alusiones que en el proceso se hicieron al documento de 26 de diciembre de 1936, protocolizado el 1º de octubre de 1938, día en que se otorgó la escritura número 736 de esa última fecha; pero que tal documento no figura en el expediente, por lo cual falta el requisito esencial exigido por el artículo 597 del C. J., de que dicho documento haga parte del proceso para ser estimado como prueba; y que el sentenciador al apreciarlo como tal sin obrar en los autos, incurrió en error de hecho y de derecho y quebrantó, en consecuencia, la citada disposición.

B) Afirma el recurrente que la parte que representa tachó de apócrifo el mencionado documento y que la que lo presentó no probó su autenticidad, como le correspondía hacerlo, al tenor de lo estatuido en el artículo 645 del C. J.; que además el demandado para demostrar que se trata de un documento supuesto adujo las declaraciones de Ramón Elías Sánchez, Gonzalo Martínez, Ramón Antonio Osorio y Pedro P. Quiceno, de las cuales en parte transcribe la del último; que el Tribunal con menosprecio de lo dispuesto en el artículo 697 ibidem, desatendió el dicho de los testigos, con el equivocado fundamento de que se ignora si el documento a que se refieren los testigos es el mismo de que tratan los autos; que el Tribunal "al omitir la apreciación de testimonios que demuestran la falsedad de tal instrumento", incurrió en errores de hecho y de derecho y en la violación de las disposiciones citadas.

Se considera:

Para que el quebranto de las disposiciones que se citan, en el caso de que él se hubiera producido, diera lugar a la casación del fallo recurrido, habría sido indispensable que el recurrente hubiera señalado también como violados los preceptos de la ley sustantiva relativos al derecho mismo cuya existencia se ha controvertido en este proceso, y ese deber no lo ha cumplido, y a la Corte no le es dable oficiosamente suplir esa deficiencia en la acusación. Las disposiciones que en el cargo se citan, todas relativas a pruebas,

son de carácter adjetivo, y sabido es que el motivo de casación, consagrado y definido en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, es el de violación de la ley sustantiva y que por tal se entiende aquella que otorga derecho, o impone obligaciones a las personas.

Como esta Sala lo ha repetido constantemente, "la causal de casación establecida en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial es la violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse entre otras circunstancias, por razón de una errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate; pero en todo caso es el quebranto de la ley sustantiva el motivo de casación consagrado en dicho numeral, pues la errónea apreciación de pruebas no es por sí causal de casación.

"Una demanda de casación —ha dicho la Corte— limitada a acusar por dicho error aún en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo precedente que es, al tenor clarísimo de ese numeral primero, el de violación de la ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral sin traspasar las puertas de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas se ha abierto". (Casación, 6 de septiembre de 1945. G. J. número 2025, página 876).

No se admite, por tanto, el cargo.

C) El Tribunal, sostiene el recurrente, incurrió en interpretación errónea de los artículos 91 de la Ley 153 de 1887 y 703 del Código Judicial porque lo que tales textos prohíben es adicionar o alterar, mediante prueba testimonial, lo expresado en un acto o contrato consignado por escrito, pero no demostrar la falsedad de un documento que, como en el presente caso, se invoca para desvirtuar un contrato que consta en escritura pública.

Añade también el recurrente que el indicio que el Tribunal adujo como prueba que también confluía para dar por demostrada la simulación del contrato contenido en la mencionada escritura número 1245, no tiene tal calidad, pues en el caso de que la vendedora hubiera continuado ocupando la casa después de vendida, cabe también la hipótesis de que el comprador le hubiere permitido continuar en ella como tenedora o que la vendedora la retuviera arbitrariamente.

Se contesta:

Por no haber prosperado los cargos marcados con las letras a) y b) precedentemente conside-

rados, quedaron en pie las siguientes conclusiones a que llegó la sentencia: que el documento privado de 22 de diciembre de 1936, es auténtico; que él demuestra por sí solo la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura número 1245; que esa simulación perjudica tanto a Ramón Brito como a su causahabiente, el demandado; que éstos en consecuencia no adquirieron el dominio del inmueble cuestionado, y que la prueba testimonial aducida por el recurrente para justificar la tacha de falsedad del referido documento, no lo alcanza a "desvirtuar en mínima parte" porque no es posible determinar si el documento a que se refieren los testigos sea el mismo a que antes se alude. Y siendo ello así, ninguna incidencia tendría para la prosperidad del recurso, el que prosperara la acusación que se estudia contra las otras razones adicionales que el fallo utilizó para desechar la prueba testimonial y para deducir un indicio corroborante de la simulación que por otra parte había encontrado plenamente comprobada con el documento en cuestión, puesto que aquellas conclusiones que quedan en firme son de suyo suficientes para sostener el fallo acusado.

No sobra, sin embargo, con un fin puramente doctrinario rectificar el concepto del Tribunal sobre que la prueba testimonial no es admisible para demostrar la falsedad de un documento privado, pues a este respecto es idóneo cualquier medio de prueba consagrado por la ley. Estuvieron, pues, mal aplicados e interpretados los artículos 91 de la Ley 153 de 1887 y 703 del Código Judicial, ya que la restricción sobre prueba de testigos que ellos establecen es para casos y efectos distintos del aquí contemplado. Se advierte nuevamente que esta rectificación no da lugar a la casación del fallo por las razones anteriormente expresadas.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

D) Con invocación del artículo 1706 del Código Civil el recurrente dice, en resumen, que suponiendo auténtico el documento en referencia, correspondía a los herederos del señor Brito, y no a otra persona, reconocer la simulación de la venta hecha a éste y revertir la propiedad a la señora Muñoz de Román y que como no ocurrió así la estipulación contenida en la escritura otorgada por la señora Arias de Brito no obliga a los herederos, según el art. 1506 *ibid.*; que entonces hay que aceptar que esta señora vendió o donó bienes a aquélla; que si vendió esa venta no perjudica los derechos del verdadero dueño,

que son los herederos del señor Brito, conforme a los artículos 1871 y 1874 del C. C.; que si donó, la donación no vale en presencia de los artículos 752 y 1458 *ibidem*; que no siendo válida la escritura número 736, hay que concluir que la venta hecha por la señora Muñoz de Román no perdió su eficacia ni tampoco la adjudicación que se hizo a Ramón Brito en la sucesión de Evaristo Brito; que por consiguiente aquél, como legítimo propietario vendió a Francisco Díaz Pérez, y que en cambio ningún derecho tiene Obdulia Román de Hincapié, que compró a Leonor de Román lo que ésta ya había vendido.

Finalmente dice que "el Tribunal, por mala apreciación de las pruebas que quedan enunciadas incurrió en errores de hecho y de derecho que lo condujeron a violar los preceptos procedimentales y civiles, de modo directo y por errónea interpretación de ellos".

Se considera:

La anterior argumentación constituye una típica alegación de instancia que es inadmisibile en casación, porque peca contra las más elementales reglas de técnica que gobiernan este recurso extraordinario. En efecto, adolece de las siguientes fallas esenciales: no cita precisamente como lo manda la ley (artículo 531 del C. J.) y lo tiene establecido la jurisprudencia, cuáles son los textos sustantivos que considera infringidos, y aunque usando de desmedida amplitud pudiera entenderse que son todos los que se mencionan en la primera parte de la alegación, no resulta posible establecer cuáles son los que se quebrantaron de modo directo ni cuáles por interpretación errónea, ni se dice tampoco en qué ha consistido esa equivocada interpretación por parte del sentenciador ni cuál es la que jurídicamente corresponde; tampoco se citan, como lo manda el numeral 1º del artículo 520 del C. J. qué pruebas fueron apreciadas con error de hecho o de derecho; ni se expresa en qué consistió en cada caso el error ni se demuestra éste ni se destaca como evidente o manifiesto.

Reiteradamente ha dicho esta Sala que "para que pueda estudiarse un ataque en casación es necesario, dentro de la técnica de este recurso, que se señalen e individualicen, determinándolos, cada uno de los textos legales que se consideran infringidos, señalando también el concepto en que se consideran violados (artículo 531 del C. J.). Si se trata de errores de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, a través de los cuales se ha producido el agravio a la ley sustanti-

va, también es de rigor para que prospere el cargo que se señalen tales errores con toda precisión y las normas de la ley desconocidas o vulneradas". (Sentencias, 10 de octubre de 1944, LVIII, 54. 22 de junio de 1950. LXVII, 410).

Para poner aún más de presente la ineficacia del cargo conviene anotar que el Tribunal no declaró la simulación cuestionada fundamentándose —como lo afirma el recurrente como base y punto de partida de su acusación— en que la señora Arias viuda de Brito hubiera sido quien reconociera la simulación, sino en que ella surge plenamente comprobada del documento de 22 de diciembre de 1936, que fue suscrito por el propio Evaristo Brito, parte contratante en el contrato de compraventa contenido en la escritura número 1245, celebrado con la señora Muñoz de Román. Además, expresó el sentenciador —sin que contra esto el recurrente haya hecho réplica eficaz alguna— que esa simulación perjudica tanto a Ramón Brito, sucesor de aquél, como a Díez Pérez, demandado y sucesor a título singular del último en el dominio del inmueble. De otro lado, el decreto reivindicatorio tampoco lo fundó el Tribunal en la escritura número 736, sino en que por ser simulada la compraventa de la escritura número 1245, el dominio del inmueble que se reivindica no salió del patrimonio de la aparente

vendedora señora Muñoz de Román y que por consiguiente, cuando ella lo transfirió a la demandante "no vendió cosa ajena sino precisamente el derecho de dominio" que "legítimamente tenía sobre el tantas veces citado inmueble".

Por lo anterior se ve claramente que la acusación no ataca los verdaderos fundamentos del fallo, y por este aspecto, resulta otro poderoso motivo que la hace ineficaz.

Se rechaza el 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 de dos (2) de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), proferida por el Tribunal Superior de Buga en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la oficina de procedencia.

Pedro Castillo Pineda—Gerardo Arias Mejía.
Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alberto Holguín Lloreda—**Hernando Lizarralde**, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — CUAL DEBE SER LA PRUEBA DE QUE LOS DEMANDADOS SON LOS ACTUALES POSEEDORES DEL INMUEBLE REIVINDICADO

La posesión no es concepción abstracta de derecho, sino que hay que ponerla en relación con los hechos. No vale afirmar que un demandado posee, y conseguir testigos que así lo declaren: es preciso testimoniar realizaciones que sólo corresponden al propietario. En la posesión es preciso afirmar hechos de los cuales pueda deducirse que hubo la aprehensión material de la cosa, para poner esto en armonía con el ánimo de señor o dueño.

La posesión es la tenencia de la cosa con ánimo de señor o dueño; y para establecerla se deben comprobar hechos que sólo el dueño puede realizar, y establecer que esos hechos inciden sobre toda la cosa reclamada en reivindicación, pues si tratándose de varios demandados, sólo unos poseen con aquel ánimo, y otros no, o si unos poseedores ocupan determinada porción de la cosa, y otros ocupan porciones distintas, negándose así la unidad en la posesión, ya a esos demandados no se le puede tener como poseedores del inmueble en disputa, ni se les puede tener cuando alguno o algunos de los demandados son simples arrendatarios que no podrían obrar con ánimo de señor o dueño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Se dice en la escritura número 82 de 2 de abril de 1933, Notaría de Matanzas, en Santander, que Arquimedes Hernández vende a Rosenda y Lucas del mismo apellido un inmueble llamado "El Naranjo", por la cantidad de \$ 200, en la región de Cachirí, Municipio de Suratá.

Según el expediente, el avalúo oficial de este inmueble es de \$ 10.000.

Rosenda es hija del vendedor y esposa de Lucas Hernández.

Se lee en los autos que siguiendo costumbre entre los campesinos sencillos de la región, y lo son los contratantes (los compradores no saben firmar), el padre, haciendo confianza en uno de los hijos, generalmente el mayor, le traspasa en venta simulada sus bienes, para que sin dificultad el supuesto comprador se encargue de distribuirlos entre todos los hijos, una vez muerto el padre, y que esto ocurrió en el presente caso. Mas es la verdad que desaparecido el vendedor Arquimedes Hernández, en la finca "El Naranjo" aparecen instalados muchos hijos de éste, y algunos han entrado allí por la fuerza; y se dice también que todos trabajan como herederos de Arquimedes, pero no reina la armonía ni la fraternidad en "El Naranjo".

Esta era la situación cuando Lucas Hernández, casado con la hija del vendedor Arquimedes, presentó por mano de apoderado una demanda ordinaria contra Estanislao Blanco, casado con una hija de Arquimedes, Pedro Julio Hernández, hijo de éste, Clemente Hernández, también hijo de Arquimedes, y Vicente Guerrero, esposo de otra de las hijas del vendedor Arquimedes Hernández.

Lucas se presenta solo en la litis, señala a estos demandados como actuales poseedores del inmueble, y pide ante el Juzgado Primero del Circuito de Bucaramanga que se ordene a su favor la restitución de "El Naranjo".

Se oponen los demandados, y dicen en la contestación de la demanda que ninguno de ellos posee "El Naranjo", y que "en cuanto a Pedro Julio Hernández y Clemente Hernández, tienen porciones pequeñas y distintas dentro de ese fundo". Es interesante saber el ánimo del apoderado de los demandados al oponerse airadamente a las pretensiones del actor. Dice:

"Pretende el actor que por los demandados se le haga entrega y se le ponga en posesión material de la totalidad de una finca, denominada 'El Naranjo', que constituye el único patrimonio herencial de mis representados y que su padre y suegro, Arquimedes Hernández, transfirió a aquél

y a Rosenda Hernández, simuladamente, con el cargo y para el solo efecto de distribuirla entre sus herederos. Vale decir, que el demandante, no satisfecho con haber traicionado la confianza que se le hizo, ni con haber gozado y disfrutado a su acomodo de buena parte del bien que se le confió, no ha vacilado en solicitar la protección del Estado para consumir la apropiación de lo que en mala hora se le encomendó.

“La lejanía de este lugar y la carencia de medios han impedido hasta ahora a mis poderdantes patentizar en su cruda realidad los antecedentes del atropello que Hernández insiste en agotar. Aunque el proceso ya exhibe elementos importantísimos para desnudar la ficción del título en que la falaz pretensión del actor quiere cobrar inconfesable apoyo: tales son, la exigüidad del precio relacionado en tal escritura, cifra vil e irrisoria ante el valor real de la finca transmitida, cuarenta veces mayor, a juzgar tan sólo por el impuesto predial (2 por mil) que allí mismo aparece pagando; la identidad de apellidos y de sangre entre los otorgantes; el reconocimiento que de su título de herederos en ese fundo reconocen a mis poderdantes todos los testigos, traídos por el mismo actor; la confesión, por último, del propio Lucas Hernández (fs. 16 y 17, primer cuaderno) al pretender adquirir, por documento privado, de Evaristo Hernández, Pedro Julio Hernández y Vicente Guerrero, los derechos sucesorales que tienen en ‘El Naranjo’”.

En primera instancia el juicio se falló absolviendo a los demandados por haberse encontrado establecida una excepción.

Apelada la sentencia por el actor, fue revocada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, según fallo de diez y seis de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, en el cual se ordena a los demandados restituir “El Naranjo” a la parte demandante.

Decidió esto el fallador de segunda instancia porque en su concepto aparecían probados estos tres elementos de la acción de dominio: ser dueño el actor del inmueble reclamado, identificación de éste, y ser los demandados poseedores del mismo inmueble.

Interpuso la parte demandada el recurso de casación; y en la oportunidad debida formuló contra la sentencia del Tribunal estos tres cargos, que corresponden a otros tantos capítulos de acusación:

La parte actora no probó ser dueña del inmueble;

Ineficacia de la escritura número 82 para servir de base a la acción de dominio; y

No se estableció que los demandados sean poseedores del inmueble.

La Sala entra a estudiar primeramente este último cargo, porque si él prosperara, no habría necesidad de estudiar los otros.

Como ya se vio atrás, los demandados negaron ser poseedores del inmueble reclamado; y tocaba entonces al actor establecer esa posesión.

Sobre este punto dice la sentencia del Tribunal: “Se señaló a los cuatro demandados como poseedores, pero en la contestación de la demanda tan sólo se aceptó ese carácter o condición para los Hernández. Con todo, los testigos, en forma unánime afirmaron que los actuales poseedores son los cuatro demandados, los dos Hernández y Blanco y Guerrero, y hasta dijeron la razón o fundamento de esa posesión: estaban **procediendo** en la finca como herederos de don Arquímedes, la persona de quien derivan sus derechos los actores. Los testigos, según se advierte, afirmaron una posesión conjunta, ejercitada como herederos, es decir, como representantes de una sucesión, que es una comunidad. Es decir, los demandados, cada uno de ellos, poseen el todo para todos”.

A su turno el recurrente, glosando las afirmaciones del Tribunal, expresa lo siguiente en su demanda de casación:

“Ahora bien, la única prueba que se encamina al objeto indicado y que fue la que el sentenciador tuvo en mira para conceder a Lucas Hernández la acción reivindicatoria incoada en este juicio, consiste en una serie de declaraciones aducidas por el mismo, parte en la primera instancia y parte en la segunda instancia. Pero, basta con leer dichas declaraciones para comprender que ellas, ni separada ni conjuntamente, sirven para probar la posesión material de los demandados sobre la finca “El Naranjo” por cuanto ni una sola de ellas se refiere a los elementos o circunstancias materiales e intelectuales de que trata el citado artículo 981”.

Y concretando ya el cargo, expresa más adelante el recurrente, después de haber citado como violados los artículos 946 y 952 del C. Civil, de acuerdo con los cuales la acción de dominio debe dirigirse contra el poseedor actual de la cosa:

“Enfocando el anterior análisis de todos los testimonios aducidos en este juicio, desde el punto de vista de cargo de casación que aquí se formula, se tiene: si el Tribunal sentenciador se funda

en dichos testimonios para declarar que los demandados Estanislao Blanco, Vicente Guerrero, Pedro Julio y Clemente Hernández son 'coposeedores de la totalidad de la finca 'El Naranjo' para admitir, por consiguiente, la acción reivindicatoria instaurada contra los mismos por Lucas Hernández, dicho sentenciador incurrió, o bien en un error de hecho manifiesto, porque declaró probado así un hecho que los referidos testimonios no acreditan, o bien en un error de derecho en la apreciación de tales testimonios, porque, según el artículo 697 del Código Judicial y disposiciones concordantes, el valor probatorio de las declaraciones de testigos se refiere exclusivamente a los hechos y a sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, pero no a calificaciones jurídicas que hagan dichos testigos, a lo que se agrega que, en punto de la posesión, esos hechos y sus circunstancias deben ser aquellos de que trata el artículo 981 del Código Civil".

La Sala tiene que afirmar, aceptando la tesis del recurrente, y contrariando las conclusiones del Tribunal, que no está probado en los autos que los demandados fueran poseedores del inmueble objeto de la reivindicación, ya que las declaraciones con que se trató de establecer esa posesión son jurídicamente inaceptables, para el caso, como se va a examinar.

Negada la posesión por los demandados, el actor en la primera instancia buscó la prueba de testigos para establecerla, y pidió que se comisionara al Inspector de Policía de Sucre, en Surata, para la recepción de las declaraciones. Quizá éstas no le parecieron muy eficaces al señor apoderado del actor, y pidió en la segunda instancia nuevas declaraciones a los mismos testigos, pero éstos ya declararon ante el Juez Municipal de Surata.

En la primera instancia se pidió declaración a Juan Jaimes, Cruz Blanco, Antonio Camarón, Romualdo Castrellón y Antonio Niño, sobre lo siguiente: e) Si les consta que el inmueble "El Naranjo" es propiedad de Lucas Hernández y la señora; y f) Si les consta que los demandados ocuparon el inmueble hace como un año, "sin título de ninguna clase y con ánimo de dueños".

En la segunda instancia se interrogó así a los mismos testigos: a) Si les consta que los demandados están actualmente poseyendo el inmueble "El Naranjo" que pertenece a Lucas Hernández y a la señora; c) Si pueden decir desde cuándo los demandados están poseyendo el inmueble

"contra la voluntad de Lucas Hernández y la señora".

Juan Jaimes dijo en la primera instancia, al punto c): "Me consta que el predio mencionado está en sucesión; y dijo sobre el punto f): "Después de haber salido de la finca Jerónimo López, volvieron a ocupar la casa Estanislao Blanco y Josefa Hernández, esto hará como un año, también me consta que en dicha finca trabajan Vicente Guerrero, Pedro Julio Hernández, y Clemente Hernández". (La Sala subraya). Como se ve, Jaimes no declara sobre posesión por parte de los demandados.

Ya en segunda instancia, un poco más concretadas las preguntas sobre posesión, Jaimes contestó a ambas: no me consta.

Antonio Camarón, quien no sabe firmar, dijo en la primera instancia, al preguntársele si le consta que Lucas Hernández y la esposa, son propietarios de "El Naranjo", contestó: "Sobre esa pregunta, no me consta nada". Y al preguntársele si desde hace como un año los demandados "ocuparon de hecho" el inmueble, contestó: "A mí me consta que hace como veinte años conocí la finca 'El Naranjo' en poder de Aquimedes Hernández y después que murió quedaron procediendo de la finca los señores antes citados, como herederos, como sé también habitando en la misma finca Jerónimo López, pero no supe por cuenta de cuál de los herederos sería llevado allí. Nada más me consta".

No se puede aceptar lo anterior como un testimonio sobre posesión de la finca, por parte de los demandados, en el tiempo de un año a que la pregunta se refiere. Y de otro lado, el declarante afirma que no le consta que los actores sean dueños de la finca, lo que se anota para el estudio de la declaración que sigue.

Pero ya en la segunda instancia este testigo dice lo contrario de lo que había expresado, así, textualmente: "Sí señor, sí me consta a ciencia cierta por haberlo visto, que los demandados Estanislao Blanco, Pedro Julio Hernández, Vicente Guerrero y Clemente Hernández, están poseyendo actualmente el predio 'El Naranjo' que pertenece a Lucas Hernández y Rosenda Hernández". (La Sala subraya). Como se ve, superó la pregunta; y aquí sí le consta que la finca pertenece a Lucas y Rosenda, y le consta que los demandados están poseyendo (no ya "procediendo"); lo que no le constó en la primera instancia. Y al contestar a la letra c) este testigo dice: "Hace aproximadamente dos años que los demandados

están poseyendo la finca contra la voluntad de Lucas Hernández y de Rosenda Hernández”.

Ante lo declarado en la primera instancia, no se puede aceptar este testimonio como prueba de posesión por parte de los demandados.

Romualdo Castrillón, quien tampoco sabe firmar, dijo en la primera instancia, al referirse a la letra e): “**A mí me consta** que los demandados citados están **procediendo** de la finca denominada ‘El Naranjo’ como herederos”. Y sobre la pregunta relacionada con la ocupación por parte de los demandados sin título y con ánimo de señor o dueño, expresó que no le consta. Esta declaración, pues, no expresa que los demandados sean poseedores. Al contrario, el testigo dice que no le consta que los demandados estén poseyendo la finca con ánimo de señor o dueño.

Mas ya en la segunda instancia, este mismo testigo afirma, contestando a la letra a) y empleando exactamente la misma frase del anterior declarante Camarón: “Sí señor, sí me consta porque lo he visto que los señores Estanislao Blanco, Pedro Julio Hernández, Vicente Guerrero y Clemente Hernández, **están actualmente poseyendo** el predio ‘El Naranjo’ **que pertenece** a Lucas Hernández”. (La Sala subraya). De manera que a este declarante, en la segunda instancia, ya le consta que los demandados son poseedores y que el predio es de Lucas Hernández, lo que no le constaba en la primera instancia. Y contestando a la pregunta de la letra c) dice: Hace poco más o menos dos años que los demandados están poseyendo el predio contra la voluntad de Lucas Hernández. Exactamente lo que contestó Camarón, sin que la pregunta exprese el término de dos años.

Nada vale este testimonio ante lo que ya había declarado en primera instancia el mismo testigo.

Amalio Niño dijo en la primera instancia al contestar la pregunta de la letra c): “No me consta que el predio referido sea de propiedad de Lucas Hernández y Rosenda Hernández”. Y al contestar la letra f) dijo: “A mí me consta que Estanislao Blanco, Pedro Julio y Clemente Hernández y Vicente Guerrero están **procediendo** la finca como herederos”. Esta no es declaración, como se ve, sobre posesión por parte de los demandados, con ánimo de señor o dueño, que fue lo que se preguntó a los testigos.

Mas ya en la segunda instancia este mismo testigo expresó sobre la letra a) exactamente la misma frase empleada por Castrillón y por Ca-

merón, a saber: “Sí señor, sí me consta que los señores (los demandados) **están poseyendo** (ya no **procediendo**, expresa la Sala) el predio ‘El Naranjo’ **que pertenece** a Lucas Hernández y Rosenda Hernández”. Y al contestar la letra c) dijo: que nada le constaba. Como se ve, aquí sí afirma el declarante que los demandados están poseyendo la finca, y que ésta pertenece al actor, lo que no le constaba en la primera instancia.

Han quedado examinados los testimonios presentados por el actor en las instancias del juicio, sobre posesión del inmueble por parte de los demandados, testimonios en que los declarantes, con una audacia, por decir lo menos, expresan en la segunda instancia, con uniformidad completa, lo contrario de lo que habían declarado en la primera instancia.

La posesión no es concepción abstracta de derecho, sino que hay que ponerla en relación con los hechos. No vale afirmar que un demandado posee, y conseguir testigos que así lo declaren; es preciso testimoniar realizaciones que sólo corresponden al propietario. En la posesión es preciso afirmar hechos de los cuales pueda deducirse que hubo la aprehensión material de la cosa, para poner esto en armonía con el ánimo de señor o dueño. Y desde este punto de vista, no pueden tener eficacia las últimas declaraciones de los testigos presentados por la parte actora y examinadas atrás, en que sólo dicen, con completa uniformidad, que les consta que los demandantes son poseedores de la finca “El Naranjo”, sin expresar por qué les consta.

La posesión es la tenencia de la cosa con ánimo de señor o dueño; y para establecerla se deben comprobar hechos que sólo el dueño puede realizar, y establecer que esos hechos inciden sobre toda la cosa reclamada en reivindicación, pues si tratándose de varios demandados, sólo unos poseen con aquel ánimo y otros no, o si unos poseedores ocupan determinada porción de la cosa y otros ocupan porciones distintas, negándose así la unidad en la posesión, ya a esos demandados no se les puede tener como poseedores del inmueble en disputa, ni se les puede tener cuando alguno o algunos de los demandados son simples arrendatarios que no podrían obrar con ánimo de señor o dueño. Por parte de los demandados no podía haber unidad de posesión, por esto que expresa el apoderado de la parte actora, y que es decisivo en el presente caso: “Lucas Hernández y Rosenda Hernández son, como comuneros, copropietarios del fundo que se

reivindica, y los demandados, desde hace dos años, vienen ejerciendo actos de dueños en el fundo que se reivindica, habiendo entrado a poseerlo a título de arrendatarios unos y otros mediante la fuerza. (La Sala subraya; fol. 5 vto. del c. del Tribunal).

Tiene entonces razón el recurrente al afirmar que con las declaraciones presentadas por el actor en las dos instancias no ha quedado establecida la posesión, que es elemento esencial en la acción de dominio, de acuerdo con los artículos 946 y 952 del C. Civil, que se han citado como violados; y debe prosperar entonces el motivo de casación alegado, por lo cual corresponde a la Sala dictar sentencia de instancia.

Se dice en el hecho tercero de la demanda presentada a nombre de Lucas Hernández, que los demandados Estanislao Blanco, Vicente Guerrero, Pedro Julio y Clemente Hernández "se encuentran poseyendo el inmueble ya determinado, llamado 'El Naranjo', con sus anexidades y disfrutándolo".

De acuerdo con el artículo 952 del C. Civil, la acción de dominio se debe dirigir contra quien es poseedor al momento de presentarse la demanda, lo cual es elemento esencial en esa acción.

Los demandantes no comprobaron este extremo de la acción, según el examen de pruebas ya hecho.

Al contestar la demanda, los demandados propusieron las excepciones de carencia de acción o ilegitimidad de la personería sustantiva y prescripción extraordinaria.

El Juzgado encontró demostrada la carencia de personería sustantiva y adjetiva en la parte demandante, por cuanto el apoderado de Lucas Hernández no tiene poder de Rosenda Hernández, y porque ese mismo apoderado no podía demandar en reivindicación lo que en el inmueble correspondía a aquélla. Y fue ésta la razón para que en la primera instancia se absolviera a los demandados.

El Tribunal no encontró aceptables las tesis del Juzgado en relación con las excepciones, sobre todo porque considera que el predio "El Naranjo" fue comprado por ambos demandantes, que así han formado una comunidad aunque sin pactarse expresamente, y que siendo comuneros, cualquiera de ellos podía ejercitar las acciones que favorezcan a la comunidad.

El Tribunal, pues, no aceptó las razones del Juzgado sobre excepciones, pero en cambio encontró que sí estaban probadas las condiciones de la acción reivindicatoria, por lo cual despachó favorablemente las peticiones principales de la demanda.

Se ha estudiado esta cuestión porque constituye un presupuesto procesal de ineludible consideración, encaminado a saber si el actor podía ejercitar la acción, o sea si el comunero, sin asistencia del otro comunero podía demandar para la comunidad, lo cual para la Sala resulta indudable.

En el expediente no se ha probado que los demandados sean poseedores de "El Naranjo", por lo cual es preciso absolverlos, no por la razón del Juzgado, sino porque uno de los extremos de la acción reivindicatoria —la posesión— no ha sido establecida.

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 del Tribunal Superior de Bucaramanga, de fecha diez y seis de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, y CONFIRMA, aunque por razones distintas, la sentencia del Juzgado Primero Civil de ese Circuito, de fecha trece de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual se absolvió a los demandados en el presente juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Hernando Lizarralde, Secretario.

EL MANDATARIO QUE TIENE LIMITADO EL PODER A LA SOLA SEGUNDA INSTANCIA, NO PUEDE INTERPONER EL RECURSO DE CASACION

Si la casación difiere fundamentalmente de la apelación, por su esencia, por su naturaleza, por su carácter, por sus fines, tanto como por la función que cumple el tribunal al que está atribuida, no puede jamás considerarse que el poder que el mandatario tenga, limitado a la sola segunda instancia, pueda autorizarlo para interponer este recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Para decidir sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el doctor Luis A. Mariño Ariza, diciéndose apoderado de Fabián Forero Morales, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 17 de septiembre de 1951, en el juicio ordinario sobre filiación natural promovido por Daniel Forero Ardila y en el cual se señaló como parte demandada a la señora Emma Carlina Pinzón, cónyuge sobreviviente del señor Campo Elías Forero Morales, se considera:

La situación procesal que revela el expediente es la siguiente:

Daniel Forero Ardila, intentó por medio de apoderado, la acción de filiación natural, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, y señaló como parte demandada a la cónyuge sobreviviente del señor Campo Elías Forero Morales, señora Pinzón de Forero, única interesada hasta la fecha de la demanda en la sucesión del nombrado Campo Elías Forero Morales.

Este juicio siguió su tramitación ordinaria y el Juzgado del conocimiento profirió sentencia de primera instancia con fecha 23 de agosto de 1950, fallo que fue apelado por el demandante Forero Ardila.

Estando en tramitación el proceso ante el Tribunal Superior de Bogotá, como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el actor, el

señor Fabián Forero Morales, le confirió poder al doctor Luis A. Mariño Ariza en memorial dirigido al Magistrado Sustanciador, que en su parte pertinente dice: "Confiero poder especial al doctor Luis A. Mariño Ariza, abogado titulado e inscrito, también mayor y de la misma vecindad para que procediendo en mi nombre y representación sostenga ante ese honorable Tribunal la sentencia de primera instancia dictada por el señor Juez Segundo Civil del Circuito en el juicio que sobre filiación natural le sigue el señor Daniel Forero Ardila; a la sucesión intestada de mi finado hermano legítimo el señor **Campo Elías Forero Morales**, de quien fui declarado heredero en mi calidad ya dicha, en el juicio de sucesión que se adelanta en el mismo Juzgado Segundo Civil del Circuito".

En uso de este poder, el doctor Mariño Ariza asumió la representación ante el Tribunal del señor Fabián Forero Morales, previa autorización que le había dado esta entidad en providencia de 15 de noviembre de 1950, y que dice: "Con la copia presentada sobre reconocimiento de heredero a favor del doctor Fabián Forero Morales, se acredita el interés jurídico de este señor para intervenir en el juicio en el sentido o con el fin expresado en el escrito anterior. Por lo tanto, tiénese al doctor Forero Morales como parte en este negocio con el fin enunciado.

"Reconócese al doctor Luis A. Mariño Ariza como apoderado del doctor Forero Morales, en los términos del poder conferido".

El doctor Mariño Ariza, actuó durante toda la segunda instancia, la cual finalizó con el fallo del Tribunal expedido con fecha 17 de septiembre de 1951, que revocó el del inferior, según el texto del artículo 198 del C. J.

El apoderado del coadyuvante, doctor Mariño Ariza, para sostener ante el Tribunal, "la sentencia de primera instancia dictada por el señor Juez Segundo Civil del Circuito, interpuso el recurso extraordinario de casación contra la proferida por aquella entidad. El recurso le fue concedido sin que el Tribunal reparara en que las facultades del apoderado estaban circunscritas a

sostener la sentencia de primer grado, a defender en la segunda instancia la situación jurídica que creaba el fallo del inferior; y según dispone el artículo 198 del C. J., la segunda instancia se surte "desde que se recibe por el Superior el proceso hasta que se resuelve el recurso o la consulta".

"Como la interposición del medio extraordinario de que se trata excede los límites fijados por la ley al segundo grado del procedimiento, y, como es obvio, a los del recurso de apelación en que halla origen la dicha instancia", debe concluirse que el apoderado judicial constituido por el coadyuvante para sostener la sentencia ante el Tribunal y apelada por el actor, no es el legalmente hábil "para estimular el ejercicio jurisdiccional al culminar agotándolo, el trámite de la correspondiente instancia".

En varias ocasiones se ha producido la Corte, en el sentido de estimar, que el recurso extraordinario de casación es completamente distinto e independiente, del ordinario de apelación. Este da lugar a la segunda instancia que es connatural al juicio según el artículo 198 del precitado Código, al paso que aquél es un procedimiento excepcional, que no constituye una tercera instancia, y tiene un fin muy distinto, cual es el de la comparación de la sentencia recurrida con la ley, para velar, en interés más general que particular, por la recta interpretación de ésta, por lo que

ha sido considerada la casación, tanto en Francia como en Colombia más como un sistema de control legislativo que como una función jurisdiccional.

"Si la casación fundamentalmente difiere de la apelación por su esencia, por su naturaleza, por su carácter, por sus fines, tanto como por la función que cumple el Tribunal al que está atribuida, no puede jamás considerarse que el poder que tenga el mandatario, limitado a la sola segunda instancia, pueda autorizarlo para interponer este recurso extraordinario". (Véase casaciones de 4 de abril de 1936, 24 de agosto de 1949, y 2 de febrero de 1951, GACETAS JUDICIALES números 1911; 2096 y 2097, respectivamente).

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala declara inadmisibile el recurso de casación interpuesto en este juicio por el doctor Luis A. Mariño Ariza.

No se condena en costas a la parte que figura como recurrente por no haber autorizado ésta el recurso que se declara inadmisibile.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen. Notifíquese.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas.
Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.
Hernando Lizarralde, Secretario en pppdad.

ACCION DE FILIACION NATURAL.—LA CALIDAD DE HEREDERO PUEDE COMPROBARSE EN UN JUICIO TAMBIEN POR MEDIO DEL RECONOCIMIENTO HECHO POR EL JUEZ EN EL DE SUCESION.— CUANDO LA ACCION DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD SE EJERCE CONTRA LOS HEREDEROS DESPUES DE MUERTO EL PRESUNTO PADRE, LAS RESTITUCIONES PATRIMONIALES CONSECUCIALES DEL RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL OBLIGAN EXCLUSIVAMENTE A LOS HEREDEROS DEMANDADOS

1.—Al señalar a los hermanos del presunto padre natural, por muerte de éste, como sus representantes en su calidad de herederos, no se plantea una cuestión de estado civil, se determina simplemente su capacidad para ser parte. Su carácter de representantes del pretendido padre natural, como sus herederos legítimos, a quienes han pasado sus derechos y obligaciones transmisibles.

En el derecho procesal no puede confundirse la acción con los requisitos necesarios para su ejercicio.

Para proponer válidamente cualquier acción, esto es, precisar desde el punto de vista legal, los sujetos del litigio, se requieren tres condiciones: a) Capacidad para ser parte; b) Capacidad para comparecer en juicio, y c) Legitimación en causa. Estas tres condiciones no constituyen el contenido de ningún pleito, sino su viabilidad.

2.—El juicio mortuario reposa sobre el reconocimiento de herederos de quienes invocan esta calidad.

Tal reconocimiento, señala al heredero y declara en él el ingreso de una universalidad jurídica. Es el puente formal, patrimonial, entre el DE CUJUS y el sucesor. Es el reconocimiento, en una palabra, del derecho de herencia. Después puede venir la posesión efectiva de la misma, que implica cancelación de los registros del difunto y apertura de los nuevos del heredero, todo sobre la base de la declaratoria o reconocimiento de tal carácter, y vendrá después la adjudicación con todos sus efectos, también, desde luego, sobre esa base.

Para el reconocimiento de heredero, hay que probar legalmente la calidad. Esta es la base esencial, única. Al Juez de la causa

mortuoria corresponde apreciar esa prueba, y estimada bastante y proferido el reconocimiento sobre ella, tal calidad existe mientras no sea desvirtuada.

Se comprende que ella reposa sobre el parentesco, si la vocación hereditaria es legal y que aquél exija para ser aceptado en juicio, las respectivas actas del estado civil, motivo por el cual el juzgador no hará el reconocimiento sin esas actas, o sin la demostración supletoria del estado civil, en defecto de aquéllas. Hecho el reconocimiento en el juicio mortuario, no puede ponerse en duda de que se basa en los documentos que la ley exige para ello.

Por eso, el carácter de herederos puede probarse en juicio también con la copia del proveído de reconocimiento pronunciado en la causa mortuoria.

3.—Legalmente procede el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural que consagra la Ley 45 de 1936, contra el presunto padre, mientras viva, y después de su muerte, contra sus herederos, como los continuadores de su personalidad jurídica, en representación del sujeto pasivo de esa acción.

4.—Cuando la acción de investigación de la paternidad natural se inicia contra los herederos del presunto padre, después de fallecido éste; por ausencia del legítimo contradictor, la sentencia tiene alcances relativos, en forma que las restituciones patrimoniales consecuenciales del reconocimiento de hijo natural, obligan exclusivamente a los herederos demandados.

5.—En nuestro sistema probatorio, las pruebas circunstanciales son admitidas en casos en que la ley no exige determinada prueba escrita,

6.—La prueba de indicios ha de ser suficiente para producir en el ánimo del juez la plena convicción. Se basa en una operación mental, en un juicio del hombre. En la prueba indicial, el fundamento de la convicción está en el raciocinio.

La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que deben tener los indicios, los confía la ley a la conciencia del juez, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de sana crítica en materia de probanzas.

7.—Considera la Sala que la declaratoria de heredero traída al juicio y donde consta que los demandados fueron declarados como tales en la causa mortuoria de su hermano, es prueba suficiente, no sólo porque tal declaratoria se hizo con apoyo en las actas del estado civil, sino porque la declaratoria sumaria de herederos hay que respetarla, mientras no se pruebe lo contrario. (G. J. Tomo 59, página 138).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, la señora Ana Tulia Gaviria, mujer casada, mayor de edad y vecina del Municipio de Angelópolis, en el Departamento de Antioquia, demandó en juicio ordinario a Daniel, Pablo, Francisco, Roberto y Paulina Uribe del Valle, hermanos legítimos del señor Juan C. Uribe del Valle, para que por sentencia definitiva se declare:

a) Que la señora Ana Tulia Gaviria es hija natural del finado señor Juan C. Uribe del Valle y de Mercedes Gaviria;

b) Que si los demandados afrontan el litigio, sean condenados en costas.

Los hechos fundamentales de la demanda son, en resumen:

Que el día veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, murió en la ciudad de Medellín, sin otorgar testamento, don Juan C. Uribe del Valle, habiéndose liquidado su causa mortuoria allí mismo y adjudicando todos sus bienes a los demandados; que el señor Juan C. Uribe del Valle, desde antes del año de mil no-

vecientos cinco, cultivaba relaciones sexuales estables, de una manera notoria, con la señorita Mercedes Gaviria, en el Municipio de Angelópolis, en donde tenía una de sus haciendas; como fruto de esas relaciones, nació en el mes de febrero de mil novecientos cinco, la niña a quien se bautizó el veintisiete de febrero del mismo año, con el nombre de Ana Tulia Gaviria, como se acredita con la partida de nacimiento expedida por el señor Cura Párroco de allí mismo y donde se hace constar que es hija natural de Mercedes Gaviria; que según información de más de veinte testigos, se establece que entre don Juan y la nombrada señorita existieron "relaciones sexuales estables", precisamente en el tiempo en que, según la partida de bautizo, que dice acompañar, corresponde a la concepción de la mencionada hija Ana Tulia Gaviria, o sea, después de más de seis meses de existir tales relaciones; "por lo cual —dice— se ha reconocido por todos los relacionados y por los familiares del señor Juan C. Uribe del Valle, desde ese tiempo, más o menos cuarenta años, como padre natural de Ana Tulia"; que desde que nació ésta, don Juan "vino proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, tratándola como hija natural hasta el día en que murió"; que entre la nombrada Mercedes y miembros de la familia Uribe del Valle, "ha existido un parecido físico en sus personas", claro e inconfundible; que los hermanos del señor Uribe del Valle incurrieron en gravísimo error de derecho, al levantar la sucesión del mencionado señor y obtener la adjudicación de sus bienes, que no les pertenecían, por haber dejado el causante un legitimario que, de acuerdo con la ley 45 de 1936, está llamado a sucederle en todos los bienes, en su calidad de hija natural.

Expresa la demandante, que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad, entre otros casos, en los contemplados en los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la mencionada ley 45, y que de acuerdo con el mismo estatuto, la posesión notoria del estado de hijo natural, consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento y que sus deudos o amigos y el vecindario del domicilio, en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de tal tratamiento.

Los demandados contestaron separadamente la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la actora y alegando las excepciones perentorias de

ilegitimidad de la personería sustantiva y adjetiva, tanto de la parte demandante como de la demandada, y la de prescripción de la acción propuesta.

Planteada de esta suerte la controversia, el Juzgado del Circuito sentenció en primer grado, el seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, declarando probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la parte demandada, y como consecuencia, que no hay lugar a resolver sobre las súplicas del libelo de demanda.

Sentencia acusada

Apelada esta providencia por la demandante, el Tribunal del Distrito Judicial de Medellín, al cabo de los trámites de segunda instancia, la revocó por la suya de veintiseis de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, y decidió en cambio, así: "La demandante Ana Tulia Gaviria tiene el carácter de hija natural del finado señor Juan C. Uribe del Valle".

En la exposición de motivos, expresa el Tribunal que, si bien es verdad que no existe en los autos prueba escrita del presunto padre, en que reconozca a Ana Tulia Gaviria como su hija, también lo es, que de la prueba aportada al juicio, surge la convicción de que Ana Tulia tiene efectivamente el carácter alegado por ella, de hija natural de Juan C. Uribe del Valle; que no hay duda, dados los términos como exponen los testigos, que entre Uribe del Valle y Mercedes Gaviria existieron con la anterioridad de que habla la ley, relaciones sexuales estables, de manera notoria. Que Mercedes Gaviria empezó a vivir en la finca de Uribe del Valle, desde mucho antes del nacimiento de su hija Ana Tulia, y por el trato y especial deferencia que éste le prodigaba, para los vecinos y relacionados fue un hecho indiscutible, que entre ellos existían relaciones sexuales. Ana Tulia nació en la misma casa del señor Uribe y éste, no sólo se preocupó porque la señora Gaviria estuviera asistida en su alumbramiento por una partera, que no alcanzó a llegar oportunamente, según dicen algunos declarantes, sino que estuvo presente en la alcoba de la madre en el momento del parto.

Fuera de esto, encontró también el Tribunal establecido, que el presunto padre prodigó atenciones y cuidados a su hija, la que alojó en su casa, donde la trataba con deferencia.

En cuanto a la alegación propuesta sobre ile-

gitimidad sustantiva en la personería de los demandados para comparecer en el juicio, halla el sentenciador que con la copia de la declaración de herederos aportada, y de otras piezas procedentes de la causa mortuoria de don Juan C. Uribe del Valle, se demostró la calidad de hermanos de los demandados, en relación con el causante. Que allí aparece que el Juzgado reconoció como interesados en la referida mortuoria, a sus hermanos citados. La copia de la providencia del juicio sucesorio en cuestión, dice que los demandados son interesados en la sucesión de don Juan C., en su calidad de hermanos legítimos.

Refiriéndose a algún reparo de los demandados con respecto a los expresados en la demanda, de que la demandante es hija natural de Mercedes Gaviria y que ésta no fue citada, aclara el juzgador que sobre ello no se planteó controversia. Que cuando nació Ana Tulia, su madre natural era soltera.

El recurso

Esta sentencia, compendiada en sus fundamentos relacionados con el temario del recurso, está a la consideración de la Corte, por haber recurrido contra ella los demandados. Agotada la tramitación legal, se decide hoy, considerando en su orden, los cargos propuestos.

Las causales de casación alegadas.

Primer cargo.—La personería sustantiva

Se funda en haber admitido el Tribunal como prueba del nacimiento de la demandante Ana Tulia Gaviria, las partidas que figuran a los folios 1º del cuaderno número 1º y página 8ª del cuaderno de pruebas número 2º.

La primera es una copia tomada de la certificación expedida por el Vicario Ecnómico de la Párrquia de Angelópolis, y la segunda es la certificación original, compulsada por el citado sacerdote, de los libros parroquiales correspondientes.

Considera el recurrente, que hubo error de derecho en la apreciación de cualquiera de las dos partidas: la primera por ser copia de copia, y la segunda, por haberse presentado con algún memorial de pruebas, sin el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 636 del C. J.

Señala como violados, los artículos 22 de la ley

57 de 1887, en relación con los artículos 346 a 349 del C. C., y el artículo 632 del C. J., que condujeron al Tribunal a aplicar indebidamente el artículo 4º, ordinales 4º y 5º, y el artículo 6º de la ley 45 de 1936.

Se considera:

Encuentra la Corte, que el apoderado de la demandante, en su escrito de demanda, dice que Ana Tulia Gaviria fue bautizada el veintisiete de febrero de mil novecientos cinco, "como lo acreditó con la partida respectiva", y más adelante expresa que acompaña tal documento.

Al librar el Juez Segundo Civil del Circuito de Medellín, despacho al señor Alcalde Municipal de Angelópolis, el cual autoriza, junto con su Secretario Francisco Luis Duque G., el veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y seis, expresa que acompaña al mandato, originales, las partidas de bautizo y defunción, que han de ponerse presentes a los declarantes, y ellas son la de defunción del señor Juan C. Uribe del Valle y la de nacimiento de Ana Tulia Gaviria. El mismo señor Secretario es quien, en la misma fecha de veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y seis, certifica que es copia, la partida que queda en el expediente. La demanda fue presentada el treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, de tal manera que el desglose se hizo durante el juicio, por el Secretario y para los fines que claramente se observan.

No hay, pues, la menor duda de cómo llegó al expediente la copia del original, expedida por el señor Cura Párroco de la población de Angelópolis, relativa al nacimiento de Ana Tulia Gaviria. Tal partida fue presentada junto con la demanda, y así fue como pudo tenerla en cuenta el Tribunal.

Por lo expuesto, se declara sin fundamento el cargo.

Cargo segundo.—Los demandados como personas naturales

Expresa el recurrente, que la parte actora, para señalar los demandados, dice: "... demando por la vía ordinaria a las siguientes personas:...", y las enumera con sus nombres, como personas naturales. Expresa luego, que son "hermanos del de *cujus* Juan C. Uribe del Valle". Con la intervención de esas personas, pide que se declare judicialmente, que Ana Tulia Gaviria es hija na-

tural, no de una de esas personas demandadas, sino de Juan C. Uribe del Valle.

No dice la demanda —agrega— "que se toma a los demandados o se ejerce contra ellos la acción en su CALIDAD DE HERMANOS LEGITIMOS O NATURALES de don Juan C. Uribe del Valle, sino a las personas siguientes:"..., agregando la frase que son "hermanos del de *cujus* Juan C. Uribe del Valle", frase que no se toma para indicar **calidad sustancial** determinante de la acción, y en fuerza de la cual calidad, debe afrontarse la litis.

Considera que, si se entiende demandar a una **sucesión** o a los **herederos**, y se demanda a algunos en su propio nombre, sin expresar que es en **calidad** distinta, ellos no son los llamados a responder y falta la personería sustantiva de la parte demandada. Que procede la excepción perentoria de carencia de personería sustantiva (art. 343 del C. J.).

Fundado en estos razonamientos que se extraen, el recurrente afirma que "el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al interpretar la demanda como dirigida contra representantes de Juan C. Uribe del Valle, y no contra las personas naturales de los demandados, que como tales, no son los llamados a responder de la filiación natural de la nombrada Ana Tulia, error que llevó al juzgador a violar los artículos 343 del C. J. y el artículo 4º, ordinales 4º y 5º, y el artículo 6º de la ley 45 de 1936, condenando a una persona que en tal forma no fue oída en juicio.

Se considera:

El cargo carece de fundamento, por cuanto el Tribunal, interpretando correctamente la demanda, entendió que la declaratoria de paternidad de don Juan C. Uribe del Valle con respecto a la demandante Ana Tulia, por fallecimiento de aquél, se propuso en relación con sus herederos legítimos, contra las personas que fueron llamadas a sucederle, o sea, sus hermanos. En el libelo correspondiente, se dice: "Demando por la vía ordinaria, a las siguientes personas: Daniel, Pablo...", etc., "todos mayores y de aquí vecinos, hermanos del de *cujus* Juan C. Uribe del Valle". Se invocó, pues, su calidad de hermanos. En el hecho noveno se afirma, que los **hermanos** se hicieron adjudicar los bienes de don Juan, siendo que pertenecían a una legitimaria, la demandante.

Y como si esto no fuera bastante, se adujo copia de la providencia que abrió el juicio mortuario del señor Uribe del Valle, en la cual fueron reconocidos en su **calidad de herederos**, como hermanos legítimos, los demandados.

Por lo expuesto, se declara que no hubo error evidente de hecho en la interpretación de la demanda.

Cargo tercero.—Los demandados como hermanos del presunto padre natural

Expresa el demandante, en relación con este cargo que, ni aún dando por sentado que la demanda se propuso contra los hermanos legítimos del señor Uribe del Valle, era necesario establecer tal calidad, que no se probó en el juicio, pues no se presentaron las partidas de nacimiento de los demandados y del señor Juan C., así como la partida de matrimonio de sus progenitores, para que quedara demostrado el estado civil de los demandados, como hermanos legítimos del causante, carácter en el cual se sostiene se les demandó.

Dice que la calidad de hermanos de don Juan C. no es posible acreditarla con la copia pedida y obtenida del Notario del lugar en que se protocolizó la causa mortuoria de don Juan C., porque los documentos que acrediten tal estado civil, deben traerse en copia de los originales de las respectivas partidas, y no copia de otra copia y que, además, no se produjo ni aún en esa forma, la de la partida de nacimiento del señor Juan C., ni la del matrimonio de sus padres.

Agrega también, que no puede admitirse como prueba del referido estado civil, las copias tomadas del juicio de sucesión de don Juan C., de la declaratoria de interesados en dicha mortuoria y donde se citan las partidas del estado civil, que echa de menos en el proceso que se estudia. Que para el Tribunal, es prueba de un estado civil que requiere ser demostrado en un expediente, el hecho de que en otro se diga que allí están las partidas respectivas.

Concreta su cargo en los siguientes términos:

“1º Error manifiesto de hecho, porque no hay partida matrimonial, para poder aceptar o saber que los cinco demandados y Juan C. Uribe del Valle sí sean hijos legítimos del mismo padre y de la misma madre unidos por el vínculo conyugal.

“2º Error manifiesto de hecho, porque no hay partida bautismal de Daniel Uribe del Valle, para saber si es hijo de los mismos que apare-

can como padres de Juan C. Uribe del Valle y de los otros cuatro demandados, en calidad todos de hermanos legítimos entre sí y de Juan Uribe del Valle.

“3º Error manifiesto de hecho, porque no hay partida bautismal de Juan Uribe del Valle para saberse que es hijo de los mismos padres que lo sean de los cinco demandados y como consecuencia, que así sea hermano legítimo de éstos.

“4º Error evidente, de derecho, al aceptar como pruebas de estado civil en relación con Francisco, Roberto, Paulo y Paulina Uribe del Valle, unas copias de copias de actas bautismales, no traídas a los autos en la forma auténtica que la ley exige, ni pedidas a los funcionarios encargados de los archivos originales, con violación manifiesta y flagrante de los artículos 347, 348 y 349 del C. C., del artículo 22 de la ley 57 de 1887, de los artículos 623 y 636 del C. J., disposiciones que ordenan cómo pueden aportarse y apreciarse las pruebas tendientes a demostrar una calidad o estado civil de las personas. Así aparece también como violado el artículo 395 del C. C. al darle a esas pruebas, como si fueran supletorias, la fuerza de demostrar hechos, cuya prueba principal no se demostró que hubiera desaparecido”.

Considera, por todo ello, como violados los artículos 343 del C. J. y los artículos 4º, numerales 4º y 5º, y artículo 6º de la ley 45 de 1936.

Se considera:

El presente litigio versa sobre el estado civil, en cuanto se solicita del Juez que se declare que la demandante es hija natural de determinada persona. Al señalar a los hermanos del presunto padre natural, por muerte de éste, como sus representantes en su calidad de herederos, no se plantea una cuestión de estado civil, se determina simplemente su capacidad para ser parte. Su carácter de representante del pretendido padre natural, como sus herederos legítimos, a quienes han pasado sus derechos y obligaciones transmisibles.

En el derecho procesal, no puede confundirse la acción con los requisitos necesarios para su ejercicio.

Para proponer válidamente cualquier acción, esto es, precisar desde el punto de vista legal, los sujetos del litigio, se requieren tres condiciones: a) capacidad para ser parte; b) capacidad para comparécer en juicio, y c) legitimación en causa. Estas tres condiciones no constituyen el contenido de ningún pleito sino su viabilidad.

En el presente negocio, se alega que no está

establecida o demostrada la capacidad de los demandados para comparecer en el pleito, en nombre y representación de su hermano, a quien se designa como padre natural de la demandante en la acción para establecer su verdadera filiación.

Habiendo la Sala Civil de la Corte, en sentencia de primero de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, acogido 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, la señora Ana Tulia Gaviria dirigió su demanda contra los herederos declarados judicialmente en la causa mortuoria de su pretendido padre, y así fue como demandó a los hermanos legítimos de aquél. Tal carácter bien pudo acreditarse, para establecer la capacidad de tales personas para ser parte, es decir, uno de los presupuestos procesales, por medio de las partidas de estado civil que lo demuestran, por medio de la copia legal, si hubiere sido el caso, del testamento en que se instituyó a sus demandados como herederos, o por la copia de la declaratoria en que el Juez que conoció de la sucesión del padre, señaló y mandó tener herederos del causante, a los demandados. Para el caso, esta última pureba es suficiente, la copia traída con las formalidades legales al juicio de filiación natural, en que consta quiénes son los herederos de don Juan C. Uribe del Valle, tomada del juicio sucesorio de éste y en que se liquidó su mortuoria y adjudicó a los demandados el total de los haberes del causante.

El juicio mortuorio, como lo expresa el opositor, reposa sobre el reconocimiento de herederos de quienes invocan esta calidad.

Tal reconocimiento señala al heredero y declara en él el ingreso de una universalidad jurídica. Es el puente formal, patrimonial, entre el de cujus y el sucesor. Es el reconocimiento, en una palabra, del derecho de herencia. Después, puede venir la posesión efectiva de la misma, que implica cancelación de los registros del difunto y apertura de los nuevos del heredero, todo sobre la base de la declaratoria o reconocimiento de tal carácter, y vendrá después la adjudicación con todos sus efectos, también, desde luego, sobre esa base.

Para el reconocimiento de herederos, hay que probar legalmente la calidad. Esta es la base esencial, única. Al Juez de la causa mortuoria corresponde apreciar esa prueba, y estimada bastante y proferido el reconocimiento sobre ella, tal calidad existe mientras no sea desvirtuada.

Se comprende que ella reposa sobre el parentesco, si la vocación hereditaria es legal y que aquél exija para ser aceptado en juicio, las respectivas actas del estado civil, motivo por el cual el juzgador no hará el reconocimiento sin esas actas, o sin la demostración supletoria del estado civil, en defecto de aquéllas. Hecho el reconocimiento en el juicio mortuorio, no puede ponerse en duda de que se basa en los documentos que la ley exige para ello.

Al folio 13 del cuaderno número 59 corre la copia compulsada por el Notario de Medellín, a cuya guarda está el juicio mortuorio concluido al señor Uribe del Valle, y allí aparece:

"Juzgado Cuarto Civil del Circuito.—Medellín, marzo quince de mil novecientos cuarenta y tres. Murió en esta ciudad, lugar de su último domicilio, el señor Juan C. Uribe del Valle, estando soltero. No dejó ascendientes ni descendientes legítimos y por tanto, sus únicos herederos, son sus hermanos Francisco A., Roberto, Daniel, Paulina y Paulo E. Uribe del Valle. No otorgó testamento y los bienes dejados por él valen más de quinientos pesos. Se trajeron las partidas que acreditan el carácter de herederos de los señores Francisco A., Paulina, Paulo E. y Roberto Uribe del Valle. En consecuencia el Juzgado administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECLARA ABIERTO EL JUICIO DE SUCESION INTES-** TADA DEL SR. JUAN C. URIBE DEL VALLE, y ordena la facción de inventarios y avalúos de los bienes relictos, reconociendo como interesados, sin perjuicio de terceros, a sus hermanos legítimos Francisco A., Paulina, Paulo E. y Roberto Uribe del Valle. Los demás serán reconocidos, cuando acrediten el carácter de herederos. Cítese el Síndico Recaudador del impuesto de sucesiones y donaciones. Emplácese por medio de edicto y publicaciones a todos los que crean tener derechos en el juicio. Tómese nota de que el señor Paulo E. Uribe del Valle acepta la herencia con beneficio de inventario. Agréguese a este juicio las medidas preventivas instauradas por Roberto Uribe...".

Así pues, según esta providencia, no dejó el señor Uribe del Valle ascendientes, ni descendientes legítimos y, por tanto, sus únicos herederos, son sus hermanos legítimos. "Se trajeron —dice la pieza— las partidas que acreditan el carácter de herederos de los señores...". Y en virtud de esa calidad, recogieron la herencia, y como herederos que recogieron la herencia, han sido lla-

mados a responder en el presente juicio.

En sentencia de veintitrés de agosto de mil novecientos treinta (G. J. número 1866, página 68), dijo esta Sala: "...El Tribunal ha admitido como prueba de la personería del demandante la copia del auto...", y más adelante agrega: "Para que haga fe en juicio el auto en que se haga una declaración de herederos, no ha establecido la ley condiciones especiales, como por ejemplo la requerida para que una sentencia preste mérito ejecutivo. Para ello basta que la prueba se produzca con arreglo a lo preceptuado en los artículos 679 y 686 del Código Judicial, según lo establece el artículo 681 ibidem".

Pudiéndose probar el carácter de herederos con las partidas, o con la copia del proveído de reconocimiento pronunciado en la causa mortuoria, cae por su base el cargo.

Por lo expuesto, se declara sin fundamento el reparo propuesto.

Cuarto cargo. — Los demandados como herederos del presunto padre natural

Dice el actor, en el recurso, para sustentar este nuevo cargo, que "aparece claro el error de derecho en cuanto para dar por plena y legalmente demostrada esa calidad, el Tribunal aceptó la copia de un auto en que pura y simplemente, para continuar una tramitación, declaró el Juez que mis poderdantes eran parte interesada en el juicio sucesorio. La calidad se demuestra exclusivamente con las actas que acreditan el estado civil, la calidad de hermanos, en los términos que lo ordenan los artículos 22 de la ley 57 de 1887, 632, y 636 del C. J. en armonía con los artículos 347, 348 y 349 del C. C., para así con esa prueba, en presencia del artículo 1047 del C. C. poder aceptar que surge EL DERECHO, LA FACULTAD DE HEREDERO, aunque no se declare en providencia alguna, porque aunque se dicte, ello sólo lo reconoce como HEREDERO PRESUNTO, según los propios términos del artículo 1312 del C. C. En consecuencia, tanto por el error de hecho a que me refiero —dice— y sobre todo por el error de derecho en el recibo y apreciación de la prueba para demostrar el título de HEREDEROS violó el Tribunal los textos que dejo citados por haberlos desatendido, y violó el artículo 1047 del C. C., que establece cuándo se es heredero como hermano. Por lo mismo y a causa de ello, dejó de darle debida aplicación al artículo 343 del C. J. que ordena declarar la excepción

perentoria que de autos resulte, como lo es la de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora. De allí pasó indebidamente a darle aplicación al artículo 4º, ordinales 4º y 5º y al artículo 6º de la ley 45 de 1936, disposiciones que no podía aplicar y las violó contra la oposición de mis poderdantes que claramente propusieron la excepción de carencia de personería sustantiva".

Sostiene que, para probar en este juicio, que los demandados sí son herederos, hay que demostrar, con las pruebas del estado civil pertinentes, que son hermanos legítimos del causante, porque es entonces cuando el artículo 1047 del C. C. les da ese carácter.

Para resolver, se considera:

El cargo es el mismo que se acaba de estudiar en el numeral anterior, presentado en otra forma. No es ya por haber admitido el Tribunal la calidad de hermanos del *de cujus* en los demandados, sino la de haber tenido como herederos del pretendido padre a los demandados, sin las partidas directas del estado civil.

Ya se vió que, para establecer uno de los presupuestos necesarios para que el Juez pudiera entrar al estudio de fondo de la cuestión, era indispensable que apareciera establecida la capacidad en los demandados para ser parte, y ésta se demostró suficientemente con la copia de la providencia que los tuvo como herederos del señor Juan C. Uribe del Valle, prueba no desvirtuada, tomada del juicio de sucesión de don Juan C., por medio del cual se liquidó su mortuoria y se adjudicaron sus bienes a los demandados como sus hermanos legítimos.

El recurrente llama con insistencia la atención sobre que el auto traído en copia, tomada de la causa mortuoria de don Juan, protocolizada en la Notaría, se limitó a reconocer en los hermanos del *de cujus*, "interés en la sucesión". Los términos de tal providencia, que se insertó en el numeral anterior, expresan lo contrario. Allí, el Juzgado, después de expresar que el causante murió soltero, agrega: "No dejó descendientes, ni ascendientes legítimos, y por tanto, sus únicos herederos son sus hermanos...".

El Juez los reconoció como herederos, por haber probado que eran hermanos y haber fallecido los ascendientes legítimos, y haber muerto soltero, y haber afirmado los peticionarios que no dejó hijos naturales. En el auto se anota que

se trajeron las partidas que acreditan el carácter de herederos de los peticionarios.

Legalmente, procede el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural que consagra la ley 45 de 1936 contra el presunto padre, mientras viva, y después de su muerte, contra sus herederos, como los continuadores de su personalidad jurídica, en representación del sujeto pasivo de esa acción.

Considera la Sala, que la declaratoria de heredero traída al juicio y donde consta que los demandados fueron declarados como tales en la causa mortuoria de su hermano, es prueba suficiente, no sólo porque tal declaratoria se hizo con apoyo en las actas de estado civil, sino porque la declaratoria sumaria de herederos hay que respetarla, mientras no se pruebe lo contrario (G. J., Tomo 59, pág. 138).

Por lo demás, no habiéndose seguido el presente pleito de filiación natural contra el padre, como legítimo contradictor, sino contra sus herederos, la acción tiende precisamente a definir determinado estado civil, con el objeto de deducir de allí las consecuencias, en orden al patrimonio del causante, padre natural de la demandante.

La acción se inicia, fallecido el padre, contra sus herederos: por ausencia del legítimo contradictor, la sentencia tiene alcances relativos, en forma que las restituciones patrimoniales consecuencias del reconocimiento de hijo natural, obligan exclusivamente a los herederos demandados.

Ningún perjuicio tendrían, pues, quienes con posterioridad al reconocimiento de herederos, se hubieran presentado al juicio de sucesión y hubieran obtenido la declaratoria de herederos de mejor derecho, si fuera el caso.

Esta doctrina fue acogida por esta Sala en la importante sentencia de diez de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, y confirmada en repetidos fallos posteriores (G. J., Tomo 59, pág. 682. Tomo 64, pág. 362).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Quinto cargo. — La defunción de Juan Uribe del Valle

Se acusa la providencia en estudio, por error de hecho y de derecho en la apreciación de las partidas de defunción de Uribe del Valle que figuran en los autos, que llevó al Tribunal a violar los artículos 343 y 597 del C. J. y artículo 4º, ordinales 4º y 5º de la ley 45 de 1936.

El fundamento del reparo se hace depender, de que en la primera hoja del expediente aparece en copia autenticada por el Secretario del Juzgado y con fecha veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y seis, la partida de defunción de don Juan C., y en el Cuaderno de pruebas figura la copia expedida por el Notario Cuarto de Medellín, de la partida extendida en su oficina sobre el particular, la cual se tacha, por cuanto no es legal la forma como se llevó al expediente, es decir, sin dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 636 del C. J.

Se considera:

La demanda inicial de este pleito fue presentada, como ya se dijo, el treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco y allí se dice que se acompañan copias de la partida de nacimiento de Ana Tulia Gaviria, expedida por el señor Cura Párroco de Angelópolis, y la de defunción de Juan Uribe del Valle. Ahora bien: en la copia que actualmente aparece en el expediente en el Cuaderno número 1º, figura que "es copia". "Medellín, junio 25 de 1946, autenticada. El Secretario Francisco Luis Duque G."; es decir, que varios meses después y ya dentro del juicio, se hizo el desglose de las partidas presentadas. En el Cuaderno número 2º y con la misma fecha del desglose, junio 25 de 1946 y con la firma del mismo señor Duque G., como Secretario, se encuentra el despacho librado al Alcalde Municipal de Angelópolis, en el cual expresa que: "Por tanto se libra a usted el presente, acompañado de las partidas de bautismo y defunción que han de mostrarse a los declarantes", etc. En el cuerpo de la petición sobre la prueba que allí debía practicarse, se dice que se pondrá a los testigos de presente las referidas partidas. Se ve, pues, que el original de la partida se tomó de la primera hoja del expediente, dejándose allí simplemente la copia autenticada por el Secretario que libró el despacho.

Pero si esto no fuere suficiente, se acompañó, como se tuvo ocasión de comentar y estudiar, la copia de la providencia que declaró herederos en la mortuoria de don Juan C., donde se inicia la decisión trascrita, con la aseveración que hace el juzgador, de que se demostró la defunción de tal persona, por lo cual entra a considerar las pruebas que determinan quiénes son sus herederos. Es un hecho plenamente aceptado en el jui-

cio, que don Juan C. Uribe del Valle falleció, y que se inició y liquidó su causa mortuoria.

En la investigación de la paternidad natural, muerto el padre, se sigue la acción contra sus herederos, como ya se vio, y tal carácter en los demandados se probó suficientemente con la copia de la declaratoria de tales, hecha en la sucesión de don Juan C., tantas veces mencionada.

Por lo expuesto, se declara sin fundamento el cargo.

Sexto cargo. — Causal de nulidad en el juicio y causal sexta de casación

Se basa en que no fue citada al litigio "la demandada Paulina del Valle", según lo dispone el artículo 448, ordinal 3º del C. J., dando lugar a la nulidad del proceso, que en forma alguna fue saneada.

Se considera:

La demandada que lleva tal nombre sí fue citada y emplazada en forma legal, porque a ello equivale el hecho de que hubiese nombrado apoderado para que la representara, "desde la notificación de la demanda inclusive". (Cuaderno 1º, folio 27). El apoderado nombrado por ella, contestó la demanda.

El hecho de haber otorgado poder para que su mandatario actuara y sin que éste hubiera promovido el incidente de nulidad, la habría saneado, en el supuesto de que tal señora no hubiese sido citada.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Séptimo cargo

Dentro de la causal primera de casación que contempla el artículo 520 del C. J., se acusa el fallo, por último, por error de derecho en la apreciación de las pruebas que se presentaron al juicio, que dió motivo a que el sentenciador diera aplicación indebida —al decir del recurrente— a los numerales 4º y 5º del artículo 4º, y el artículo sexto de la ley 45 de 1933, en presencia de los artículos, 697, 698, 699, 701 y 702 del C. J.

Textualmente dice:

"A este expediente se trajeron muchas declaraciones de campesinos ignorantes, sugestionables, seguramente de buena fe, que presenciaron algunos hechos inocentes en sí, equívocos, vagos, mal interpretados, de hace casi medio siglo y qui-

zá más, sobre los cuales se robustecieron el chisme, el comentario y la suspicacia, para aventurarse a declarar como cierto cuanto se les pregunta, sin discernir nada, según se verá en oportunidad posterior. Uno se LEE DE CORRIDO esas declaraciones, como lo hizo el Tribunal, que sin análisis ni crítica ordenó copiarlas en su fallo, y piensa que demuestran sobradamente lo que pretende la parte actora.

"Pero si las LEE AL PALABREO y luego las ESTUDIA, las analiza y compara en sus diversas respuestas y unas con otras, se convence de que son un simple enredo, unos declarantes ingenuos cogidos en red habilidosa. Se leen unas cartas que se piensa son un complemento de la prueba, y entonces se convence que sólo demuestran el engaño de los declarantes. Vamos a verlo.

"Sirve de fundamento a la sentencia, de acuerdo con el primer considerando, la "prueba testimonial y unas cartas dirigidas por el señor Uribe del Valle a la señora Tulia Gaviria".

Entra luego al examen de las cartas escritas por el señor Uribe del Valle a la demandante Ana Tulia Gaviria y observa que el Tribunal se limita a mencionar tales documentos que, en su opinión, ha debido pesar en presencia de las declaraciones de los testigos que afirman que el señor Uribe del Valle presentaba a la Gaviria como su hija, y relatan los sentimientos de padre con respecto a la misma y, sin embargo, en la correspondencia escrita no le da tal tratamiento; que las cartas son "hoscas", y que en ellas el señor Uribe del Valle se limita a acusar recibo simplemente de las dirigidas a él por la demandante. Que no se compagina esa actitud con lo afirmado por los testigos. Dice que, frente al hecho evidente, comprobado por la propia actora, de que Uribe del Valle la trataba como a una extraña, la prueba de testigos que exponen con sujeción estricta a lo que se les pregunta, no tiene valor alguno. Manifiesta que el tono de las cartas no se explica, cuando ya enfermo el señor Uribe del Valle, sin remedio, era natural que expresara sus sentimientos "a ese único afecto que le quedaba"; máxime cuando algunas de las cartas son de fecha próxima a la del fallecimiento.

Que las misivas en cuestión demuestran lo contrario de lo que dicen los testigos, sobre que don Juan C. "vino proveyendo a la subsistencia, educación y establecimiento de Ana Tulia Gaviria", pues, a su entender, la correspondencia comentada, revela otra cosa; que de marzo de mil novecientos treinta y siete a febrero de mil nove-

cientos cuarenta, la señora Gaviria recibió de don Juan la suma de \$ 20.50. Que la demandante, para esa época, tenía quince a diez y ocho años de casada, que continuaba residiendo en Angelópolis y él en Medellín, no explicándose cómo pudo proveer al sustento de su hija. Que ningún testigo aclara que por cuenta del presunto padre, le pasara lo necesario a la demandada.

Examina luego, una a una, las diversas declaraciones rendidas en el litigio, o sea, las de los señores Celestino Mejía, Leopoldo Piedrahita, Jesús M. Montoya, Félix A. Osorio, Luciano Franco, Joaquín Moncada, Segismundo Vélez, Joaquín Correa, Ismael Gómez y Juan Esteban Tabora, y encuentra contradicciones en sus exposiciones; que algunos no dan la razón de sus dichos; que, dada la edad de algunos testigos, eran niños para la fecha en que se suponen las relaciones sexuales estables entre don Juan y Mercedes Gaviria, madre de la demandante; que ninguno de los actos demostrativos de tales relaciones, indican otra cosa que los servicios comunes de una empleada acuciosa con su patrón.

"No son uniformes, contestes, sólidas, fundadas y claras esas declaraciones y no pueden recibirse como prueba ante el artículo 697 del C. J. en relación con el 701 del mismo. De las circunstancias que prevé aquel artículo la de TIEMPO es fundamental aquí en cuanto a la época de la concepción y los declarantes, después de cuarenta años de ocurridos los hechos y cuando ellos tenían muchos de 7 a 10 años, dicen ahora recordar que seis meses antes (cálculo!) del nacimiento de Ana Tulia, esas relaciones existían como constantes y notorias.

"Por eso sostengo, que ante el artículo 697 del C. J. no podían aceptarse como prueba esas declaraciones y al aceptarlas sin análisis, con mera lectura o transcripción de ellas, hubo error de derecho. Y como muchos deponen sobre meras cosas oídas, sin concretar, no puede dárseles fuerza probatoria como lo previene el art. 698 y sin embargo se le dió. Otros se refieren a palabras, pero no de manera uniforme y por eso se violó el art. 690".

Se considera:

El Tribunal tuvo en cuenta para declarar la paternidad natural de don Juan C. Uribe del Valle, con respecto a la demandante, por una parte, las cartas o misivas presentadas en el juicio; dos de ellas, están fechadas, la una en 1937 y en

1940 la otra, y en la numerosa prueba testimonial que a espacio analiza y comenta. Considera el Tribunal que las referidas cartas "no contienen nada que pueda tomarse como confesión de paternidad, simplemente revelan interés y atención del señor Uribe para con la actora".

El concepto que le merece, al juzgador el acervo probatorio, se desprende del siguiente resumen, que textualmente se transcribe:

"Si es verdad que no existe en los autos prueba escrita del presunto padre en que reconozca a Ana Tulia Gaviria como su hija, también lo es que de la prueba aportada al juicio surge, en sentir de la Sala, la convicción legal de que Ana Tulia Gaviria tiene efectivamente el carácter alegado por ella, de hija natural de Juan C. Uribe del Valle. Considera el Tribunal que no hay duda, dados los términos en que exponen los testigos citados, que entre Uribe del Valle y Mercedes Gaviria existieron con la anterioridad de que habla la ley relaciones sexuales estables, de manera notoria. Es cierto que ninguno de los testigos dice haber presenciado la realización de hecho de las relaciones sexuales, pero, como lo tiene sentado la Corte, sobre éstas no se puede dar testimonio sino por referencias resultantes de actos o demostraciones que los testigos hayan visto u oído a la pareja a quien se atribuye aquella clase de relaciones. (Casación de 29 de julio de 1946. G. J. 2034 a 2036, pág. 775). En la prueba de la paternidad natural, no siendo posible acreditarla por medios directos, la ley recurre a presunciones, ha dicho la misma Corporación.

"Mercedes Gaviria empezó a vivir en la finca de Uribe del Valle desde mucho antes del nacimiento de Ana Tulia Gaviria, y por el trato y especial deferencia que éste le prodigaba, para los vecinos y relacionados fue un hecho indiscutible que entre ellos existían relaciones sexuales. Ana Tulia Gaviria nació en la misma casa, y éste no sólo se preocupó porque la señora Gaviria estuviera asistida por una partera, que no alcanzó a llegar oportunamente, según dicen algunos declarantes, sino que estuvo presente en la alcoba de la madre en el momento del alumbramiento.

"Fuera de esto, prodigó atenciones y cuidados a Ana Tulia Gaviria y la tuvo en su casa en donde la trataba con consideraciones. Algunos testigos afirman que a ellos les confió que Ana Tulia era su hija; y en fin, el rumor general entre los vecinos ha sido que efectivamente era el padre de la demandante, no sólo por el interés que Uribe del Valle mostraba por aquella, sino por algún

parecido físico que entre los dos se revelaba de manera ostensible”.

En nuestro sistema probatorio, las pruebas circunstanciales son admitidas en casos como el presente, en que la ley no exige determinada prueba escrita. La prueba de indicios ha de ser suficiente para producir en el ánimo del Juez la plena convicción. Se basa en una operación mental, en un juicio del hombre. En la prueba indicial, el fundamento de la convicción está en el raciocinio.

La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que deben tener los indicios, la confía la ley a la conciencia del Juez, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de sana crítica en materia de probanzas.

Del acervo probatorio se destaca: a) Que numerosos testigos aseveran, dando la razón de su dicho, que entre la señora Mercedes Gaviria y don Juan existieron relaciones sexuales estables, que se iniciaron con más de seis meses de anticipación a la fecha de la concepción de Mercedes y se prolongaron por más de diez años; b) Que la señora Gaviria, dada su condición de amante del patrón, ocupó en la finca de El Vesubio, donde residía, cierta posición destacada que dio motivo a que varios testigos la tomaran como la esposa del dueño de la finca; c) Que en tales circunstancias, la señora Gaviria dió a luz una niña a quien don Juan hizo bautizar con el nombre de Ana Tulia, buscándole los padrinos; que en el momento del alumbramiento, y como la partera solicitada no llegara a tiempo, don Juan asistió en el trance a su amante; consta también que el padre cuidó de la hija, vió de sus necesidades, le compraba ropa, la presentó como tal a sus relacionados en el Municipio nombrado; d) El testigo Ismael Gómez, cuñado del Presbítero doctor Leandro del C. Pineda, relata que cuando él llegó a Angelópolis, en mil novecientos quince, su hermano político, el señor Cura, gestionaba el modo de casar a Mercedes para terminar el amancebamiento de ésta con don Juan, y fue así como resultó el matrimonio de ella con Taborda. Este mismo testigo expresa que en su tienda, don Juan

se proveía de ropa para su concubina y su hija. Que ya casada Mercedes y estando el testigo conversando con don Juan, aquélla le manifestó a éste en su presencia, que no conseguía leche para la niña, a lo cual don Juan le dijo que adquiriera una vaca que él la pagaba.

A esto se agrega, las diez o más cartas que revelan, por lo menos, que cuando Ana Tulia ya casada y con más de treinta y dos años, el doctor Uribe del Valle seguía preocupándose por ella, aun cuando la correspondencia fuera en extremo “hosca” y su dadivosidad muy limitada.

Los errores y contradicciones que denuncia el recurrente escapan a la consideración de la Sala en casación, porque es bien sabido que sólo el error evidente de hecho, o de derecho, permiten a la Corte apartarse del examen probatorio del Tribunal y de sus conclusiones, no siendo bastante a permitirle esa conducta, los reparos propuestos, pues de ellos no se desprende un error evidente de derecho en la valuación de los indicios que sirvieron al juzgador para fundamentar su fallo.

Por lo expuesto, se declara que el cargo no puede prosperar.

Sentencia:

Por lo declarado anteriormente, 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 Medellín, de fecha veintidos de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

Costas a cargo de los recurrentes.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Silva Rebolledo.—**Pablo Emilio Mantas.**—**Güalberto Rodríguez Peña.**—**Manuel José Vargas.**—**Hernando Lizarralde,** Secretario en propiedad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — CAUSAL PRIMERA DE CASACION — CUANDO PUEDE PROSPERAR EN CASACION EL ATAQUE POR ERRONEA APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA — CUANDO CON UNA INSPECCION OCULAR CONCURRE UN DICTAMEN PERICIAL, CADA UNA DE ESAS PRUEBAS DEBE SUJETARSE A LOS PRECEPTOS QUE SEPARADAMENTE LAS REGLAMENTAN

1—La causal primera de casación autorizada por el artículo 520 del C. J., consiste siempre en ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva; y a esa violación ha podido llegar el sentenciador por alguno de estos dos caminos, o por ambos a la vez: por vía directa, cuando hay una equivocada interpretación de la ley, en sí misma considerada, o ha dejado de aplicarse al hecho controvertido, o se ha aplicado, pero en forma defectuosa; y por vía indirecta, a través de la apreciación probatoria, y entonces el error puede ser de dos clases: error de derecho, o error de hecho evidente, que aparezca de manifiesto en los autos.

La Corte ha definido el error de hecho diciendo que consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido un hecho, cuando no es así, o al contrario, de que no ha ocurrido, siendo que está plenamente acreditado en el proceso. Es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno.

Hay error de derecho, al dar a determinada prueba un valor que no tiene según la ley, o un valor distinto del que la ley le asigna.

El error de derecho en la apreciación de la prueba, a fin de que prospere, requiere, ante todo, que los artículos o disposiciones legales señalados impongan determinada fuerza a la prueba no tenida en cuenta en la sentencia, o bien priven de eficacia a la que sirvió de fundamento al fallo.

2—El ataque por apreciación de la prueba indiciaria no puede prosperar sino en cuanto se haya dado por probado un indicio que no lo está, o pasádose por alto uno cuya estimación impondrá conclusiones distintas de las deducidas por el Tribunal sobre el tema respectivo, o que con este

resultado, se haya tenido por no probado un indicio a pesar de estarlo, o cuando se ha faltado a la lógica, por no haber entre los indicios, o su conjunto, de un lado, y de otro, las deducciones del Tribunal, el vínculo de casualidad que obligadamente ha de atar aquéllos con éstas.

3—En una inspección ocular hay que distinguir la prueba resultante de ella misma, de la que aparezca de la pericial que suele acompañarla, y que es concurrente con ésta. En efecto, el acta de la inspección ocular practicada durante el juicio, hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez en la inspección. En cuanto a los puntos materia del dictamen pericial, la fuerza probatoria de éste se aprecia conforme a las reglas sobre la materia (art. 730).

Existe, pues, con la inspección ocular, cuando además hay dictamen pericial, la concurrencia de dos pruebas, cuya práctica y examen se deben sujetar a los preceptos que separadamente las reglamentan.

4—Extrajudicialmente, prevé la ley dos clases de inspecciones oculares, ambas para futura memoria: la del artículo 731 del C. J., que se practica con citación personal de aquel contra quien haya de aducirse, lo cual permite a la ley darle el valor de plena prueba, en cuanto a los hechos y circunstancias observados por el Juez; y la que se realiza por éste sin otra intervención que la del solicitante, que es el caso de autos, con peritos o testigos, que el Juez designará libremente; esta inspección apenas constituye una presunción más o menos grave, conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados. (art. 732 del C. J.).

5—No basta que se ejercite una actividad

peligrosa y se determine un daño, sino que es esencial que se establezca que el daño tuvo origen en aquella actividad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero veintidos de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

En un solar o zona de terreno que colinda al sur con un taller de fundición de propiedad de los señores Pardo Tobar y Cía., destinado a la elaboración de objetos de plata martillada, en el área urbana de la ciudad de Medellín, la señora Luisa Angel de Henao Mejía inició la construcción de una casa de habitación.

El veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, a eso de las tres y media de la mañana, el edificio de la señora Henao Mejía fue objeto de un incendio parcial, que le ocasionó serios daños, el cual se inició al fondo, en la parte oriental de la construcción, inutilizándose por causa de las llamas las habitaciones del servicio, cuarto de plancha, garage, etc.

Ante la creencia de que el incendio pudo tener origen en los referidos talleres, en que se empleaba fuego para los menesteres de la fundición y fabricación de objetos de plata, la propietaria del inmueble lesionado pidió y obtuvo del Juzgado Tercero del Circuito de Medellín, la práctica de una inspección ocular extrajuicio, para el reconocimiento de los lugares y, a la vez, un peritazgo sobre las causas del siniestro y sus consecuencias, lo cual se llevó a efecto en los días subsiguientes, tanto en el taller de fundición, como en el inmueble damnificado. De la inspección, el Juzgado, asesorado de peritos, hizo constar en el acta levantada la solidez de la edificación incendiada y la destrucción ocasionada por el fuego; que no se hallaron huellas de que el incendio se hubiera originado en el interior del edificio; que aún no se había instalado la luz eléctrica en el local; que no vieron fogón o cocina de donde hubiera dimanado el incendio; que en el edificio contiguo donde funciona una platería que colinda con la casa perjudicada, se mantienen instalaciones para fundir metales; que la pared medianera tiene una altura de tres metros diez centímetros (3,10 ms.); que el techo del referido taller de fundición es metálico, con vigas de made-

ra; que en tal taller funciona un horno alimentado de petróleo, a dos metros de la pared divisoria, también una fragua situada a los cuatro metros y otra a los siete, que producen y despiden chispas.

El dictamen pericial, que fue rendido posteriormente, se circunscribe a determinar las causas del incendio que, a decir de los peritos, se originó por las chispas desprendidas del horno y fraguas del taller vecino. Consideran los expertos, que las chispas o partículas encendidas pudieron caer en el tejado de la casa vecina, la de la señora de Henao, y por los intersticios del entejado, penetrar al interior, donde se fue incubando el incendio, que estalló a las tres y media de la mañana.

Con apoyo en estos hechos y atribuyendo la causa del accidente a los talleres de platería, la señora de Henao Mejía demandó a la sociedad de Pardo Tobar y Cía., ante el Juez Segundo del Circuito de Medellín, para que se le declare responsable civilmente del siniestro en referencia, y consecuentemente, se le condene a indemnizar los daños y perjuicios que le fueron causados con ocasión del siniestro de que se le hizo víctima, que ocurrió, sostiene, por culpa, descuido o negligencia de la empresa demandada, al permitir que las chispas desprendidas de los elementos productores de fuego, se vertieran sobre su edificación, incendiándola.

Admitida la demanda y corridos los traslados de ley, los demandados le dieron contestación, expresando que en su industria, o en los predios vecinos, nunca ocurrió incendio. Que los hornos estaban situados a conveniente distancia de la pared medianera y controlados por trabajadores expertos. Que es físicamente imposible, que el fuego se hubiera producido por material inflamable, desprendido de los hornos y fragua, pues el caso se presentó a las tres y media de la mañana y el pequeño horno de la fundición se apagaba siempre a la una de la tarde, y las forjas a las cuatro, y que hora y media después salían los obreros, dejando el fuego completamente extinguido. Que resulta, pues, imposible que a las tres y media de la madrugada, pasadas más de diez horas de cerrar la fundición, dejando todo apagado, se produjera un incendio a distancia, sin que hubiera ocurrido nada en la propia fábrica. Que la misma demandante expresó, que en su obra en construcción, tenía obreros y cuidaderos. ¿Qué sería más factible —pregunta— que una chispa de la fábrica cerrada diez horas antes, produjera el

incendio, o que lo motivara una cerilla encendida, o una colilla de cigarro o cigarrillo, arrojada por los trabajadores en el edificio en construcción, en donde había virutas, papeles y maderas secas?

La sentencia de primera instancia

El Juez de la causa falló el negocio condenando a los demandados, como responsables del incendio, a cubrir los perjuicios, que debían estimarse en el incidente sobre cumplimiento de la sentencia. Apelada ésta por ambas partes, el Tribunal decidió la alzada por providencia de cinco de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, en que se condenó a los demandados al pago de perjuicios, como responsables de los daños, deduciendo la mitad en que se estimaron, por considerar que hubo culpa concurrente de la demandante. El monto de los daños se apreció en seis mil ochocientos ochenta y seis pesos (\$ 6.886.00) y Pardo Tobar y Cía. fueron sentenciados a cubrir la mitad, o sea, tres mil cuatrocientos cuarenta y tres pesos (\$ 3.443.00).

Hace el Tribunal un detenido análisis de las pruebas aducidas al juicio, para llegar a la conclusión de que los requisitos constitutivos del hecho ilícito generador de obligaciones, como son el dolo o culpa por parte del agente, el daño sufrido por el tercero agraviado, y la relación de causa o efecto entre el hecho ilícito y el daño, están suficientemente establecidos. Dice que, la sociedad demandada obró culposamente, al no tomar las medidas que eran aconsejables para impedir la salida o dispersión de las chispas provenientes de la fragua a la edificación contigua. Encuentra probado el daño y la relación de causalidad.

Con referencia a la prueba pericial practicada antes del juicio, expresa que puede constituir una presunción más o menos grave, de acuerdo con la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados.

Anota que, fuera de este dictamen quedan como pruebas referentes a las causas del incendio, los testimonios de Antonio Meza Jaramillo, Antonio Castrillón, Iván Mora y Aristóbulo Amado. Examina las declaraciones rendidas por estas personas, desecha la del doctor Meza Jaramillo, por ser Ingeniero de la obra. Encuentra que Amado, categóricamente, dice que vio algunas veces caer chispas prendidas sobre el tejado de la fábrica, que provenían del taller de platería y que el fue-

go se originaba "desde el punto mismo donde existía un boquete, por el cual salían constantemente chispas y partículas inflamadas que prendían los braseros y fraguas".

Con respecto a la declaración de Castrillón, encuentra que su aserción de haberse producido el incendio por las chispas de la fragua, es una **mera deducción**.

Que el testigo Mora solamente dice que es posible que la causa del incendio hayan sido las chispas desprendidas de los talleres. Que el único que asevera que algunas veces vio caer chispas provenientes de la fundición al techo de la obra dicha, fué Amado.

Anota que los testimonios de estos individuos están en contradicción con lo sostenido por la mayoría de los peritos, de la inspección y dictamen practicados en el proceso, Ingenieros Radá y Orozco, quienes descartan toda posibilidad de que el incendio se hubiera originado en los talleres de fundición, y que tales deposiciones coinciden o corroboran lo sostenido por el otro perito, doctor Osorio Cadavid, quien sí admite la posibilidad del origen del fuego allí.

Entra luego el fallador a estudiar la prueba pericial practicada en el juicio y considera que, no tratándose de avalúo o regulación en cifra numérica, ni de hechos sujetos a los sentidos, las deducciones más o menos fundadas que hagan los expertos sobre la materia en examen, está sujeta a la libre apreciación del Juez, concluyendo, en definitiva, dándole todo su asentimiento al dicho testigo Amado, quien paladinamente afirma haber visto caer chispas encendidas en el tejado, y a la prueba pericial practicada antes del litigio.

En desacuerdo con la decisión del Tribunal los demandados han ocurrido en casación. Sustanciado en la Corte el recurso, ha llegado la oportunidad de pronunciar sentencia.

Las causales de casación alegadas

Con fundamento en el artículo 520 del Código Judicial, se proponen contra el fallo en estudio, tres cargos como motivos de casación, de los cuales la Sala, con fundamento en el artículo 538 del C. J., escoge los dos últimos, que se relacionan entre sí y que encuentra demostrados.

Se acusa por infracción de ley sustantiva, a lo cual llegó el Tribunal por errores manifiestos de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas, tanto de las aducidas por el deman-

dante, como por los demandados. Se señalan como preceptos sustantivos violados, los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356 del Código Civil, y los artículos 663, 665, 696 y 730 del C. J.

Acepta el recurrente, como lo considera también el Tribunal, que sus clientes ejercitaban una actividad peligrosa y que está demostrado el daño, pero niega que exista la relación de causalidad entre la actividad desarrollada por sus defendidos y los daños sufridos; que tal relación de causa a efecto, no está establecida. Dice que lo que se ha discutido y no se ha probado, es la causa del incendio, que haya sido originado por chispas que pasaron del taller o forjas de Pardo Tobar y Cía. a la obra en construcción, sin que sea dable descartar que el fuego pudo provenir de otro edificio, o de la misma construcción, ya que en ella habitan obreros. Expresa que el incendio pudo iniciarse del lado del callejón donde cocinaban sus alimentos los obreros, a que la demandante se refiere en las posiciones abusúeltas. Que también pudo depender de los edificios vecinos; que en presencia de tan diversas probabilidades, ¿con qué razón, con qué lógica se pudo concluir que sólo pudo pasar el fuego del taller de platería? Que no podría sostenerse, en presencia del artículo 663 del C. Judicial, que hay un indicio necesario de que el incendio provino de las chispas de la fragua.

Enumera y examina, una a una, las pruebas del juicio, que juzga mal apreciadas, con error evidente de hecho y error de derecho.

Manifiesta que el testigo Castrillón sostiene simplemente que los hornos y fraguas **podían arrojar** sobre la obra en construcción, constantemente chispas y que éstas podían caer al tejado recientemente construido.

Que el deponente Iván Mora, sólo afirma que el incendio pudo ser por las chispas de los hornos, pero en concreto, nada asevera.

Que el testigo Amado es el único que manifiesta haber visto salir chispas por la abertura del cobertizo del taller de platería, pero no precisa cuándo, si el día del incendio, o antes, o después.

Que el testigo Aristóbulo Henao no presenció la causa del incendio.

Que la declaración de Antonio J. Jaramillo fue desechada por el Juez.

Examina luego la inspección ocular practicada extrajudicial y las observaciones hechas por el Juez y por quienes como peritos lo acompañaron; dice que allí se constata la existencia de los talleres,

el empleo de fraguas que despiden chispas. Que en la prueeba se estableció que hubo incendio y daño, **pero no la causa.**

Afirma que el dictamen de los peritos que concurrieron a la inspección ocular practicada extrajudicial, y que lo rindieron el ocho de octubre siguiente, es cosa distinta de la inspección misma; que tal dictamen no puede tener fuerza probatoria contra sus poderdantes, que fueron extraños al rendimiento de ese peritazgo (artículo 730 del C. J.).

Deduce, en definitiva, que el Tribunal incurre en error de derecho, cuando afirma que la declaración de Amado, unida a los varios indicios, entre los cuales está lo expresado en el peritazgo extrajudicial, se llega a la conclusión de que está plenamente establecido, sin lugar a duda, que la causa del siniestro fue el fuego del taller de los señores Pardo Tobar y Cía. Pregunta que, quién será el que se atreva a afirmar que no queda duda sobre la causa del incendio, si se analizan las pruebas que se dejan estudiadas y las declaraciones presentadas por los demandados?

Se considera:

Los cargos contra la sentencia son, pues, por error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas relacionadas, error que llevó al Tribunal —al decir del recurrente— a la violación de los artículos 663, 696 y 730 del C. J., y 2350 y 2356 del C. C.

La causal primera de casación autorizada por el artículo 520 del C. J., consiste siempre en ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva; y a esa violación ha podido llegar el sentenciador por alguno de estos dos caminos, o por ambos a la vez: por vía directa, cuando hay una equivocada interpretación de la ley, en sí misma considerada, o ha dejado de aplicarse al hecho controvertido, o se ha aplicado, pero en forma defectuosa; y por vía indirecta, a través de la apreciación probatoria y entonces el error puede ser de dos clases: error de derecho, o error de hecho evidente, que aparezca de manifiesto en los autos.

La Corte ha definido el error de hecho, diciendo que consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido un hecho, cuando no es así, o al contrario, de que no ha ocurrido, siendo que está plenamente acreditado en el proceso. Es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno.

Hay error de derecho, al dar a determinada prueba un valor que no tiene según la ley, o un valor distinto del que la ley le asigna.

El error de derecho en la apreciación de la prueba, a fin de que prospere, requiere, ante todo, que los artículos o disposiciones legales señalados impongan determinada fuerza a la prueba no tenida en cuenta en la sentencia, o bien, priven de eficacia a la que sirvió de fundamento al fallo.

Se debe, pues, entrar al estudio y consideración de la prueba indiciaria que llevó al juzgador a considerar que el daño que ha dado motivo al presente pleito, "se produjo por razón de haber alcanzado a llegar esas partículas incendiarias al techo de propiedad de la demandante en donde encontraron un medio apto para generar el fuego".

Al determinar nuestro Código Judicial las condiciones para la estimación y valoración de la prueba de indicios, da unas cuantas reglas que deben recordarse antes de entrar al examen de la prueba acusada. Establece el artículo 662 del Código mencionado, que las presunciones fundadas en pruebas incompletas, o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la relación o conexión entre los hechos que la constituyen y el que se trata de averiguar. Un solo indicio, establece el artículo 663, hace plena prueba cuando se considera necesario; una sola presunción, al decir del artículo 664, hace también prueba plena cuando a juicio del Juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

Los indicios no necesarios, según el art. 665 del C. J., por regla general forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurren todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión, las confía la ley al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando, primeramente, tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico; de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación. (Casación, G. J. número 2001, pág. 252, y G. J., Tomo 59, pág. 858).

El ataque por apreciación de la prueba indicial, no puede prosperar sino en cuanto se haya dado por probado un indicio que no lo está, o pasándose por alto uno cuya estimación impondrá conclusiones distintas de las deducidas por el Tribunal sobre el tema respectivo, o que con este resultado, se haya tenido por no probado un indicio a pesar de estarlo, o cuando se ha faltado a la lógica, por no haber entre los indicios, o su

conjunto, de un lado, y de otro las deducciones del Tribunal, el vínculo de causalidad que obligadamente ha de atar a aquéllos con éstos. (Casación, 7 de diciembre de 1943, G. J. número 2001, pág. 342).

Por último, debe anotarse que entre las reglas procedimentales sobre la prueba indiciaria, está consignada la de que "los hechos accesorios que suministran los indicios o conjeturas referentes al hecho investigado, deben probarse plenamente, nunca por medio de otros indicios". Sentados estos principios y sólo por tratarse de acusación por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria aportada al juicio, la Sala procede al examen de la que llevó al Tribunal a condenar a los demandados.

Prueba de inspección ocular y pericial practicada antes del juicio

Dice el recurrente, que la inspección ocular extrajudicial practicada por el Juez, asociado de peritos, acredita que hubo un incendio, que éste causó daños y que es apenas posible que se produjera por chispas desprendidas de los talleres de platería, que pasaron al edificio vecino, pero no que ello fuera seguro y exclusivo.

Que el dictamen pericial que se desprendió de tal diligencia y que se rindió con posterioridad, es cosa distinta de la inspección misma, que aquél no puede tener fuerza probatoria contra los demandados, que fueron extraños al acto. Tal dictamen, para ser apreciado, era necesario que se hubiera sometido a todos los trámites y requisitos de los peritajes judiciales, conforme a la parte final del artículo 730 del C. de P. C. Sin embargo de carecer de las formalidades esenciales para su validez, fue elemento probatorio decisivo en el pleito.

Para la Sala, es evidente que en una inspección ocular, hay que distinguir la prueba resultante de ella misma, de la que aparezca de la pericial que suele acompañarla, y que es concurrente con ésta. En efecto, el acta de la inspección ocular practicada durante el juicio, hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez en la inspección. En cuanto a los puntos materia del dictamen pericial, la fuerza probatoria de éste se aprecia conforme a las reglas sobre la materia (artículo 730 del C. J., Casación, G. J. número 1895, G. J., Tomo 59, página 104 y sentencia de 5 de septiembre de 1951, no publicada aún).

Existe, pues, con la inspección ocular, cuando además hay dictamen pericial, la concurrencia de dos pruebas, cuya práctica y examen se deben sujetar a los preceptos que separadamente las reglamentan.

Extrajudicialmente, prevé la ley dos clases de inspecciones oculares, ambas para futura memoria: la del artículo 731 del C. J., que se practica con citación personal de aquel contra quien haya de aducirse, lo cual permite a la ley darle el valor de plena prueba, en cuanto a los hechos y circunstancias observados por el Juez; y la que se realiza por éste sin otra intervención que la del solicitante, que es el caso de autos, con peritos o testigos, que el Juez designará libremente; esta inspección apenas constituye una presunción más o menos grave, conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados (artículo 732 del C. J.).

De lo observado en la inspección ocular, se hace un acta bien circunstanciada y precisa. De ella no hay que dar traslado a las partes. Será firmada por los interesados que hayan concurrido, peritos y testigos. Pero del dictamen pericial, si hay que dar traslado en la forma ordenada para todo dictamen, según el artículo 719, por auto posterior al acto. Es preciso, pues, que con el dictamen, para ser apreciado, se cumplan todos los requisitos que le son propios. Bien puede hacer parte del reconocimiento judicial o inspección ocular, según se dijo, como prueba concurrente, pero independiente.

El Tribunal, en su fallo, da a la prueba pericial practicada antes del juicio y sin conocimiento de los futuros demandados, ni traslado una vez realizada, el mismo valor que otorga la ley a la inspección ocular llevada a cabo en las mismas circunstancias; admitiendo, pues, como pruebas los conceptos expuestos en tal dictamen, de que "las únicas causas del incendio fueron las chispas desprendidas de las fraguas de fundición". (Véase sentencia del Tribunal, págs. 14 y 17 vuelta).

Está probado —dice el fallo— que el incendio se inició sobre el tejado de propiedad de la actora, "en el lugar más inmediato al orificio o boquete de escape del techo de zinc que cubría las forjas", deducción que figura en el peritazgo que se acusa. "De lo que exponen los peritos —agrega la sentencia— se concluye que el lapso de diez horas aproximadamente transcurrido entre la producción de las chispas y la manifestación del

incendio, no descarta la posibilidad de que aquellas hayan sido causa del abrasamiento".

Considerando, pues, como carente de los requisitos indispensables para poder admitir como prueba el dictamen de los expertos, solicitado y rendido antes de promoverse el litigio, necesario es concluir que el sentenciador cometió error evidente de derecho, al tenerlo como prueba.

Resta estudiar los demás soportes del fallo, todos los cuales han sido atacados, y que no son otros que las declaraciones de varios testigos, de que se hablará en seguida.

Prueba testimonial

"Fuera de estos dictámenes —dice la sentencia— quedan como pruebas referentes a las causas del incendio las atestaciones de que ya se ha hecho mención, de los doctores Antonio Meza Jaramillo, Antonio Castrillón y del señor Iván Mora, así como la declaración que en esta instancia rindió el señor Aristóbulo Amado".

Reproduce textualmente el dicho de Amado, quien expresa que tenía una Academia de Baile y residía con su señora y sus tres niños a inmediaciones de la casa incendiada, y relata haber visto caer "chispas desprendidas provenientes de la fundición de Pardo Tobar y Cía.; que la noche del incendio, el fuego se propagó igualmente al local de la Academia, donde dormía con su familia, que sus niños estuvieron en peligro de ser carbonizados; que pudo apreciar que el fuego provenía "desde el punto mismo en que existía un boquete por el cual salían constantemente chispas y partículas inflamadas que despedían los braseros, fraguas, sopletes, etc."

Entra luego el Tribunal a hacer el examen de los testimonios en referencia y desecha el del doctor Meza Jaramillo, por ser ingeniero contratista de la obra perjudicada; que la afirmación del doctor Castrillón de "haberse producido el incendio por la acción de las chispas", es una mera deducción; que el testigo Mora, solamente dice que "es posible" que la causa del incendio hayan sido las chispas provenientes de la fundición, etc.

La Corte observa, que de la posibilidad de un hecho no se desprende lógicamente que el hecho haya tenido necesariamente que producirse.

Al concretar más adelante el valor de esta prueba —dice— "el Tribunal da gran importancia al dicho del testigo que afirma haber visto salir chispas de la fundición hacia el techo".

Considera, en seguida, que esta aseveración del testigo Amado, unida a los otros indicios, "tendientes a demostrar la causalidad entre esas chispas y el incendio, hace que la Sala llegue a la conclusión de que éste se produjo por razón de haber alcanzado a llegar esas partículas incendiadas al techo de la propiedad de la demandante, en donde encontraron un medio apto para generar el fuego".

Como se ve, el hecho generador del indicio en la relación de causalidad entre el agente productor del fuego y el daño ocasionado, lo da el Tribunal por demostrado con el simple testimonio del señor Amado, y ya se vio que "los hechos accesorios que suministran los indicios y conjeturas referentes al hecho investigado, deben probarse plenamente, y nunca por medio de otros indicios" (artículos 661 y 666 del C. J.). Según el artículo 696 del referido Código, la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba. Constituye presunción más o menos atendible. Así pues, hubo, por este aspecto también, error de derecho en la apreciación del Tribunal de esta prueba, al dar por demostrado el hecho indicio con una simple declaración, máxime si, por otro aspecto, tal testimonio no podía admitirse, porque el mismo testigo relata que por consecuencia del incendio, sus hijos estuvieron a punto de ser carbonizados y uno de ellos falleció por enfermedad que atribuye a haber salido acalorado la noche del incendio. No puede, pues, tenerse como imparcial su testimonio.

Igualmente, hay error de derecho en no haber admitido el sentenciador la prueba del demandado, consistente en cuatro declaraciones de testigos, que, por lo menos dos, carecían de toda tacha, y con la cual se establece que el horno de fundición se apagaba siempre a la una de la tarde y que en las fraguas quedaba también extinguido el fuego a las cinco p. m., no habiendo, pues, razón para suponer que después de tal hora se desprendieran chispas de allí. Declaran también tales testigos que nunca ocurrió en los talleres incendio, a pesar de las basuras, virutas, carbones, madera, etc., que existían en la fábrica.

Consideradas así las cosas y establecidos los errores de derecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de la prueba, y no existiendo otros elementos de convicción en los cuales pudiera apoyarse un fallo condenatorio, distinto de la simple inspección ocular referida, que no es suficiente para determinar el nexo de causalidad ya dicho, es del caso concluir que la sentencia ha

de casarse, por violación de los artículos 661, 664, 666, 696 y 719, 720 y 730 del C. J., al admitir como indicios los hechos enunciados, no comprobados legalmente, lo cual llevó al juzgador a aplicar, no siendo el caso, los artículos 2350 y 2356 del C. C.

Para dictar el correspondiente fallo de instancia, se observa:

El perjuicio causado a una persona, da nacimiento a una relación de derecho entre la víctima y el autor del daño. La víctima del daño, como acreedor de la obligación de indemnizar, cuando se presenta en juicio a demandar la reparación, tiene necesidad, para triunfar en sus pretensiones, de dar la prueba completa del hecho culposo, del daño sufrido y de la relación de causalidad que liga la culpa y el daño. Pero, en el caso de actividades peligrosas, con apoyo en el artículo 2356 del C. C., se establece una presunción de peligrosidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual, por lo cual, la actividad probatoria del actor queda limitada a la comprobación de los otros dos elementos.

Tratándose, pues, como en el caso en estudio, de una actividad esencialmente peligrosa, según pudo establecerse y lo acepta el demandado, sin que la presunción se hubiese desvirtuado, y no siendo objeto de discrepancia alguna, el hecho de haberse producido un grave daño por incendio, queda sólo por estudiar si se probó el vínculo de causalidad entre estos dos factores: la culpa y el daño. No basta que se ejercite una actividad peligrosa y se determine un daño, sino que es esencial que se establezca que el daño tuvo origen en aquella actividad.

En el caso de autos, existen los dos extremos de la relación material: un agente capaz de producir incendios y un daño consistente en la destrucción por el fuego de parte de una edificación. Pero no se ha establecido que, precisa y necesariamente, el fuego producido por el taller de platería de los señores Pardo Tobar y Cía., fue el agente creador del daño. Al contrario, de los tres peritos ingenieros que conceptuaron ya dentro del juicio sobre la causalidad, dos, con mucha seguridad y basándose en experiencias concretas, no contradichas por otros medios experimentales, afirman que las chispas arrojadas por las fraguas u hornos de los talleres de los demandados, no pudieron ser el motivo del incendio del inmueble de la demandante. Los testigos presentados por esta parte deponen sobre la existencia del incen-

dio, sobre el funcionamiento de fraguas y hornos en los talleres de platería, y sobre que estos aparatos arrojan chispas, pero tales declaraciones, apenas demuestran que hubo daño por incendio y que existían unos talleres de platería donde se empleaba el fuego, actividad peligrosa en la cual se presume la existencia de la culpa, en caso de que se prueben suficientemente los otros dos elementos de la relación: el daño y el nexo de causalidad.

No se demostró, pues, tal nexo, la relación necesaria entre el agente que desarrollaba una actividad peligrosa y el daño sufrido por la demandante, porque con los testimonios y la prueba pericial extrajuicio, desechados, como ya se vio, no se pudo probar tal circunstancia. Todos los testimonios rendidos, con excepción del de Amado, se limitan a insinuar simplemente la posibilidad de dicha causalidad. Ahora bien: esa posibilidad es objeto del estudio pericial de los expertos, dos de ellos ya dentro del juicio, sin ninguna vacilación, invocando sus especiales conocimientos, y apoyándose en demostraciones realizadas, niegan rotundamente la conexión entre las chispas arrojadas por las fraguas del taller de los demandados, en las últimas horas de la tarde, y el fuego que se hizo visible en la casa de la demandante, al mediar la madrugada del día siguiente, es decir, diez horas más tarde.

Para la Corte, sería grave apartarse de un dictamen de expertos, rendido durante el respectivo término de prueba y con todas las formalidades legales, para echar los fundamentos de su fallo sobre las bases deleznales de testigos, entre los cuales, el más enfático, el testigo Amado, el único que atribuye las causas del siniestro a las chispas, en cuestión, ofrece el serio reparo de considerarse perjudicado por obra del mismo incendio, generado, según su opinión, en el fuego de los talleres de los demandados; y con la especial circunstancia de que el perjuicio de que se queja, recayó sobre su propio hijo. En estas condiciones, difícil es considerar ese testimonio suficientemente libre de parcialidad.

Se puso en claro, que en el local donde funcionan los talleres de platería, existían maderas, virutas, basuras y otros elementos factibles de prenderse con las chispas desprendidas de las hornillas de fundición y que, sin embargo, no se dio el caso de que allí se hubiera presentado en ocasión alguna, amago siquiera de incendio.

Debe tenerse también presente en el examen de las causas del siniestro, que las chispas o par-

tículas incendiadas que pudieran desprenderse de las fraguas, tenían que ser lanzadas a tres metros de altura, para pasar por el orificio, situado a inmediaciones del techo de zinc de los talleres y descender luego sobre el cobertizo de teja de barro cocido, del techó de las edificaciones de la demandante, y penetrar allí por los intersticios que pudieran haber quedado entre las tejas, al ser éstas instaladas; siendo cierto también, que éstas se colocan sobre cañas u otros elementos revestidos de mezcla o barro, para acomodar el entejado, el cual, dado lo reciente de la construcción, debía conservarse todavía húmedo. Todo lo dicho hace, si no imposible, por lo menos dudosa, la aseveración del testigo Amado, de que el fuego fue producido por las chispas de los talleres, con la circunstancia, que tampoco pudo perderse de vista, de que el fuego se apagaba allí, a más tardar, a las cinco de la tarde, como lo declaran varios testigos presentados por los demandados, y el incendio tuvo lugar a las tres y media de la mañana del subsiguiente día, es decir, diez horas después de extinguido el fuego en los talleres de fundición.

La inspección ocular practicada antes del juicio, como ya se examinó, revela la presencia de los elementos productores de fuego en el taller de platería y la actividad peligrosa allí desarrollada, y el daño causado, pero nada indica en cuanto al nexo de causalidad entre tal actividad y el incendio de la casa en construcción.

Lo dicho es, pues, suficiente como fundamento de la providencia de instancia.

Sin costas en las instancias, por no observarse temeridad en la acción propuesta, ni en el recurso, por ser el fallo favorable al recurrente.

SENTENCIA

Por las razones que se dejan 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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha cinco de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, y en su lugar, ABSUELVE a la Compañía demandada de los cargos contra ella propuestos.

Sin costas en las instancias, ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, comuníquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas.
Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.
Hernando Lizarralde, Srio.

MANDATO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. — EL TEXTO DEL ARTICULO 2.144 DEL CODIGO CIVIL NO PUEDE ENTENDERSE EN EL SENTIDO DISYUNTIVO QUE OFRECEN SUS TERMINOS, SINO EN EL DE CONCURRENCIA DEL SERVICIO CON LA REPRESENTACION DE LA PERSONA A QUIEN SE PRESTA

1.—Cuando el mandatario obra como tal frente a los terceros con quienes contrata, su situación jurídica ofrece una característica esencial que sirve para distinguirla de la que se origina en otras estipulaciones que, como la del simple arrendamiento de servicios, presenta con el mandato grandes analogías: es la facultad de representación que en sí mismo conlleva el ACTO JURIDICO ejecutado en nombre del mandante, y que desde luego por su naturaleza es extraño al arrendamiento de servicios.

2.—La Corte en numerosas providencias ha reafirmado el concepto de que “En el mandato el mandatario precisamente ejecuta o ha de ejecutar actos jurídicos y no meros actos materiales, que es lo que por su lado caracteriza el arrendamiento de servicios. El mandatario procede en el lugar y nombre del mandante...” Nuestra jurisprudencia tiene establecido claramente cómo los dos contratos de que se viene hablando deben distinguirse y cuán fácil es hacerlo parando mientes en que el mandato, en contraste con el arrendamiento de servicios, implica necesariamente la representación, al punto de figurar como elemento esencial de su definición misma (C. C. artículo 2124 citado) el que la persona encargada de la gestión se haga cargo de los asuntos respectivos por cuenta y riesgo de aquella que la ocupa”.

Dentro de estos conceptos, el texto del artículo 2.144 del C. C., según el cual “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”, no puede entenderse en el sentido disyuntivo que ofrecen sus términos, sino en el de la concurrencia del servicio con la representación de la persona a quien se presta; porque si el mandato su-

pone esencialmente un acto jurídico de obligatoriedad para el mandante, resulta a todas luces inaceptable la sola posibilidad de que llegue a estructurarlo el simple servicio del médico que ejecuta una operación quirúrgica, o el del mismo abogado que se encarga de la confección de una minuta, no obstante suponer tales servicios los dilatados estudios profesionales que supone el texto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b) — Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

El 23 de diciembre de 1942, la Secretaría de Obras Públicas de Santander suscribió con el ingeniero José María Sarmiento un contrato por medio del cual éste se obligó a construir por cuenta del Departamento, el alcantarillado de la población de Charalá, “ciñéndose al proyecto elaborado por el ingeniero Benito Valdivieso Reyes”, y de acuerdo con las especificaciones técnicas que allí mismo se detallan. La cantidad de obra por construir y los precios unitarios eran, según la cláusula 4ª del contrato, los siguientes:

“1.274.00 mts. de colector de 8” a \$ 1.40	
‘ cada uno.....	\$ 1.783.60
902.00 mts. de colector de 10” a \$ 1.45	
‘ cada uno.....	1.307.90
634.00 mts. de colector de 12” a \$ 1.54	
‘ cada uno.....	976.36
1.215.00 mts. de colector de 16” a \$ 1.75	
‘ cada uno.....	2.126.25
288.00 mts. de colector de 20” a \$ 1.90	
‘ cada uno.....	547.20
312.00 mts. de colector de 24” a \$ 2.50	
‘ cada uno.....	780.00
24 cámaras de inspección a \$ 100 c. u.	2.400.00
10 cámaras de caída a \$ 120.00 c. u....	1.200.00

6 aliviadores, a \$ 150.00 cada uno.....	900.00
55 sumideros a \$ 67.50 cada uno.....	3.712.50
Total.....	\$ 15.733.81"

Se acordó además, que el Departamento daría al contratista la tubería necesaria para los colectores, y le suministraría a precio de costo puesto en Charalá, el concreto necesario para la obra (cláusula quinta). En cambio éste se obligaba a mantener en disponibilidad "el equipo de trabajo que sea necesario para la normal y continua ejecución de la obra" (undécima), a responder por los riesgos de la misma, para con terceros (décima tercera), y a los obreros y empleados por las prestaciones sociales a que hubiere lugar (décima cuarta). Por último, y para lo que al caso respecta, se convino en que "EL CONTRATISTA" no podrá subcontratar la obra ni traspasar el presente contrato. Igualmente, está obligado a dirigir la obra personalmente o a mantener al frente de los trabajos un ingeniero civil matriculado, previa autorización de la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, para recibir instrucciones, notificaciones, etc., de parte del interviniente de la obra" (décima quinta).

Iniciados ya los trabajos correspondientes, el ingeniero Sarmiento entró en conversaciones con don Alfredo Correal, para que bajo la dirección y responsabilidad de aquél, tomara éste a su cargo una parte de la obra, sobre las bases que luego le concretó en carta de 22 de junio de 1943, y en la que, entre otras cosas, le dice lo siguiente: "Además de mi atento saludo, tiene por objeto la presente, concretar nuestro negocio iniciado en esa ciudad (Bogotá) y para ello de acuerdo con lo convenido, me permito darle los siguientes detalles:

"La obra contratada por mí con el Departamento es la siguiente, tomada exactamente del original del contrato (le copia aquí la que se deja detallada anteriormente).

"Entre la obra que yo tengo entregada y la que quizá pudiera entregarse antes del primero de junio, fecha en la cual debe usted iniciar sus trabajos, puede totalizarse en unos 1.000 metros de colector de todos los diámetros y unas veinte obras.

"Le quedaría aún por construir entonces 3.600 metros de colector y 75 obras.

".....

"Como tengo interés de terminar lo más pronto posible esta obra para buscar otra y como veo

que usted puede conseguir buen personal, estoy dispuesto a sostenerle la oferta hecha allá y que ya habíamos aceptado de dejarle las obras retirando para mí, \$ 20.00 de cada una y \$ 0.10 de cada metro de colector; en este último precio tuve una equivocación en mi contra ya que solamente me correspondería cerca de \$ 360.00, pero estoy acostumbrado a respetar lo pactado y lo dejo aún después la libertad de dar alguna compensación. Tampoco me parece malo aceptar lo que usted iniciaba de repartir utilidades con el 40% para usted y el resto para mí, en fin lo dejo en libertad de elegir pues sólo me interesa la rapidez en el cumplimiento del contrato con el Departamento.

"Creo que usted puede adelantar una persona con el objeto de que ayude a alistarle el personal el cual se puede ir colocando en la obra; aquí vienen a ofrecerse todas las semanas lo que pasa es que hay que estar alerta y engancharlos, también debe mandar un poco de herramienta pues aquí solamente se cuenta con la siguiente:

".....
"Como puede ver siempre es que falta herramienta para una labor más intensa".

Así las cosas, procedió el señor Correal a ejecutar la obra convenida, de la que pudo entregarle a Sarmiento el 23 de diciembre del mismo año, la relacionada en el siguiente comprobante:

"Recibí del señor Obdulio Rodríguez, actual encargado de los trabajos de construcción del alcantarillado de Charalá como empleado o por cuenta del señor Correal, el último sector de dicha obra construida por el mencionado señor Correal, según la correspondiente planilla de obras en un total de veintiocho obras de arte y seiscientos once metros con trece centímetros de colector, según las siguientes especificaciones:

colector de ocho pulgadas:	325.17 mts.
colector de doce " "	184.25 "
colector de diez y seis " "	550.71 "

colector de veinticuatro pulgadas 51 mts, junto con pozos de inspección, aliviadores y sumideros de 16-2 y 10 metros.

"Charalá, diciembre 23 de 1943. (firmado) José María Sarmiento I. C. C. C. N° 1519328 de Bogotá".

Contra lo afirmado por Sarmiento sostiene Correal, que no le fue pagado el valor que corresponde a los 1.111.13 metros que suman los colectores especificados, ya 18 de las obras de arte a que alude el recibo preinserto. Por lo cual decidió, con fecha 30 de mayo de 1944 demandar a

aqué! ante el Juzgado del Circuito de Charalá, para que se le condene a lo siguiente:

Primero. "...a pagar la suma de tres mil doscientos veintinueve pesos, once centavos, por concepto de la construcción de los mil ciento once metros, trece centímetros de colector del alcantarillado de Charalá, ya determinados en los hechos de esta demanda y las 18 obras de arte también especificadas ya y construídas por mi poderdante en la misma obra del alcantarillado de la población de Charalá, por contrato con el demandado".

Segundo. "...a pagar la suma de TRESCIENTOS VEINTE PESOS OCHENTA CENTAVOS, por concepto de la herramienta de propiedad de mi poderdante que el demandado no le restituyó y por concepto del alambre y aisladores expresados en los hechos de esta demanda".

Tercero. En subsidio de la primera petición: "...a pagar... la suma que resultare a deberle el demandado, de acuerdo con lo probado en este juicio, por concepto de la construcción de los sectores ya determinados en los hechos de esta demanda en la obra del alcantarillado de la población de Charalá".

Cuarto. En subsidio de la petición anterior: "...a pagar... la suma de TRES MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE PESOS, ONCE CENTAVOS, o la suma que se probare debida, por concepto del enriquecimiento sin causa del demandado y el consiguiente empobrecimiento de mi poderdante en virtud de la construcción de los sectores ya determinados del alcantarillado de Charalá".

Quinto. "...a pagar... el valor de los intereses legales de las sumas anteriores, desde la fecha de la última planilla (octubre de 1943), hasta el día en que se haga el pago.

Sexto. "A pagar... el valor de las costas y gastos de este juicio".

Después de tramitado el juicio en su primera instancia, el Juzgado del conocimiento lo decidió en sentencia de trece de agosto de mil novecientos cuarenta y seis absolviendo al demandado de los cargos de la demanda, "excepto en lo referente al pago del alambre y aisladores especificados en el punto octavo, pago al cual se le condena por la suma de veinte pesos ochenta centavos (\$ 20.80), y que debe efectuar al demandante Alfredo Correal D. dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del presente fallo".

La sentencia del Tribunal

De la anterior providencia apeló la parte actora para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el cual desató el recurso en fallo de trece de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho; por él se revocó el de primer grado, y se declaró "probada la excepción de petición de modo indebido en lo que dice relación a la construcción de las obras del alcantarillado, y la excepción de incompetencia de jurisdicción en lo que dice relación a la compra del alambre y los aisladores. En consecuencia se absuelve al demandado de todos los cargos de esta demanda".

Para llegar a estas conclusiones, el Tribunal razona así: "El artículo 2144 del C. C. dice: "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato". El artículo 2181 del C. C. dice: "El mandatario es obligado a dar cuenta de su administración. Las partidas importantes de su cuenta serán documentadas si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación. La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante". El artículo 2305 de la misma obra dice que las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario, y el artículo 2312 dice: "El gerente no puede intentar acción alguna contra el interesado, sin que preceda una cuenta regular de la gestión, con documentos justificativos o pruebas equivalentes".

"Indudablemente el contrato celebrado por el doctor Sarmiento con el Departamento para la construcción del alcantarillado está comprendido dentro de los regulados por el artículo 2144 del C. C. ya que es un contrato en que el doctor Sarmiento para poderlo cumplir necesita usar sus conocimientos en la profesión de ingeniero y lo mismo se debe decir del contrato verificado entre Sarmiento y Correal para que éste construyera parte de las obras que aquél debía hacer para el Departamento. Por consiguiente para liquidar el contrato entre Sarmiento y Correal es indispensable que Correal rinda cuentas de su gestión a Sarmiento, y después de obtener el saldo líquido mediante la rendición de las cuentas puede cobrar dicho saldo a Sarmiento.

"El Código Judicial en su título XXVIII, artículo 1127, reguló el procedimiento que debe emplear la persona obligada a rendir cuentas cuando la

persona que debe recibirlas no lo hace voluntariamente. Como éste no fue el camino seguido por el apoderado del demandante Correal que primero pretendió obtener una confesión extrajudicial del saldo líquido, indudablemente para cobrarle ejecutivamente, y en el presente juicio pretende establecer directamente la existencia de la deuda eludiendo el procedimiento que la ley señala siendo así que el saldo de las cuentas no lo sabe el mismo demandante ya que en las posiciones pedidas y absueltas, extrajuicio en febrero de 1944, estima este saldo en la suma de cuatro mil doscientos sesenta pesos (\$ 4.260.00) y en la demanda presentada el 30 de mayo del mismo año dice que tal saldo es solamente la suma de tres mil quinientos cuarenta y nueve pesos con once centavos (\$ 3.549.11), es preciso concluir que está equivocado el camino seguido por Correal para cobrarle a Sarmiento el valor de su trabajo, no empleando la vía legal que era la promoción de un juicio de cuentas. Esto equivale a declarar probada la excepción de petición de modo indebido.

"La demanda involucra con la petición de pago de la obra del alcantarillado, el cobro de la suma de veinte pesos con ochenta centavos (\$ 20.80) valor del alambre de cobre y de los aisladores que le fueron vendidos por Correal al doctor Sarmiento. Si cupiera el cobro de la obra del alcantarillado por medio de un juicio ordinario, cabría de acuerdo con el artículo 209 del C. J. la acumulación de la acción de mínima cuantía exigible por la vía ordinaria para cobrar los \$ 20.80, a la acción de mayor cuantía de cobro de la obra del alcantarillado; pero como ya se vio que la vía ordinaria no es la que se puede emplear para cobrar el saldo proveniente de la obra del alcantarillado, no tiene competencia el Juzgado del Circuito de Charalá, ni por consiguiente el Tribunal para resolver lo conducente al pago de la venta del alambre y los aisladores, obligación que por otra parte está acreditada en autos, venta que no tiene nada que ver con la obra del alcantarillado, debe por consiguiente declararse respecto de esta deuda probada la excepción de incompetencia".

Causales de casación

Contra este fallo propuso la parte demandante recurso de casación, y con fundamento en la Causal Primera, le formula los siguientes cargos:

"1) El hecho de que el artículo 2144 del Código

Civil sujeta a las reglas del mandato 'los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios', como los de los médicos y los servicios 'a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros', como los de los abogados, no puede entenderse en el sentido de que sobran, consiguientemente, las disposiciones que regulan el arrendamiento de servicios y los contratos para la confección de una obra material. Esa interpretación del artículo 2144 del Código resulta contraria a la norma del artículo 5º de la ley 57 de 1887, que ordena que "La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general". Porque es evidente que el artículo 2144 del C. C. consagra una norma general, de alcance indeterminado, de aplicación a todos los servicios que ahí se mencionan, en tanto que los artículos 2053 y siguientes del mismo Código se refieren a una clase especial de servicios, a los que tienen por objeto la confección de una obra material. Por eso, se repite, al aplicar el artículo 2144 del Código a los contratos para la confección de una obra material se da a dicha disposición una extensión o comprensión que no tiene y se menoscaba una norma de interpretación que, por ser legal, es obligatoria, como es la de la regla primera del artículo 5º citado de la ley 57 de 1887.

"....."

"De manera que el procedimiento y el método empleado por el Tribunal para aplicar el artículo 2144 del Código es tan inaceptable como la misma aplicación de dicha disposición al contrato celebrado por Correal con Sarmiento. Porque, como excepción perentoria, la petición de modo indebido tiene que fundarse en hechos acreditados debidamente en el juicio. Y el Tribunal ha llegado a la conclusión de que el trabajo ejecutado por Correal es de los que suponen largos estudios, simplemente porque "Sarmiento es el que reconoce a Correal conocimientos técnicos al delegarle sus funciones en el contrato de alcantarillado". Esa deducción, hecha gratuitamente por el Tribunal, implica también una infracción de la ley sustantiva, por vía indirecta, que proviene de la errónea interpretación como prueba de un hecho que no tiene ni puede tener dicho valor. Porque el hecho de que Sarmiento hubiera contratado la construcción del alcantarillado de Charalá y hubiera encargado la ejecución de parte de dicha obra a Correal, aunque está probado en el juicio, no acredita plenamente que el trabajo ejecutado por Correal fuera o sea de los que

suponen estudios y que somete el artículo 2144 del C. C. a las reglas del mandato....

"Aplicado, pues, indebidamente el artículo 2144 del Código, según lo que se deja expuesto, se aplicó igualmente en forma indebida y como consecuencia inmediata de la infracción anotada, el artículo 2181 del mismo C. C. Esta es también una infracción directa de la ley sustantiva, según la doctrina citada de la Corte, porque tal disposición es de carácter sustantivo, ya que impone y determina obligaciones especiales, y porque se ha aplicado a un contratante que ni es mandatario ni puede considerarse como tal. Es así, como de la aplicación indebida del artículo 2144 se ha ido a la aplicación también indebida del artículo 2181. Ambas disposiciones sustantivas han sido vulneradas, al hacerlas regular un caso que no es el contemplado dentro de la órbita de aplicación; pero el quebrantamiento de la segunda es una consecuencia del quebrantamiento de la primera....

"2) La sentencia del Tribunal no solamente es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida de los artículos 2144 y 2181 del Código Civil a un caso ajeno al alcance de tales normas, sino que infringe también los artículos 2053 y siguientes del mismo Código, por no haber aplicado dichas disposiciones al hecho probado en el juicio. La aplicación de los artículos 2144 y 2181 llevó al Tribunal, como ya se dijo, a menospreciar las normas verdaderamente aplicables al caso controvertido. Por eso ha sido doble, y no tan leve, su pecado contra la ley sustantiva.

"La carta que obra al folio primero del cuaderno de pruebas del demandante en la segunda instancia, que fue expresamente reconocida por el demandado, no sólo indica cuál era la cantidad de obra ejecutable por Correal, sino que fija la calidad de la misma o su naturaleza civil. En dicho documento anuncia Sarmiento que está "intensificado el cálculo de las planillas", a fin de que Correal pudiera empezar pronto la obra. Y en el juicio obran las 'planillas', elaboradas por el demandado, y con los detalles de la obra que había de ejecutar el demandante. De manera que, según tales pruebas, Sarmiento no sólo suministró la "materia principal" de la obra, sino que dirigió los detalles técnicos de la misma. Correal, como simple artífice, recibió la materia principal (la tubería), suministró lo demás y se acomodó a las instrucciones de orden técnico del que ordenó la obra; fue un simple ejecutor de una obra material, porque sólo se limitó a abrir las

zanjas, colocar los tubos de cemento, etc., de conformidad con las 'planillas' calculadas por Sarmiento. Su caso encaja, pues, exactamente dentro del inciso cuarto del artículo 2053 del Código Civil y por tratarse de un 'arrendamiento de obra', 'se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen', como dice el inciso final del mismo artículo 2053 del Código.

".....

"Quebrantado, pues, el inciso cuarto del artículo 2053 del Código, lo fue también, como consecuencia, el inciso quinto de la misma disposición y lo fueron los artículos 2144, respecto del 2181, y valga la pena abonar, en esto sí, cierta lógica al Tribunal. Porque habiendo prescindido de la verdadera calificación legal del contrato que es objeto del juicio, tenía que prescindir consecuentemente de las disposiciones legales que regulan dicho contrato. Por ello constituye una infracción directa de la ley sustantiva y es, por sí, suficiente para que se infirme la sentencia recurrida. Pues si dicho contrato no es de los previstos en el artículo 2144 del Código, sino de los contemplados en el artículo 2053, no es el caso de aplicar el artículo 2181 sino el 2053 y los siguientes".

Consideraciones de la Corte

"El mandato, como lo enseña el artículo 2142 del C. C., es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, como la francesa, esa gestión puede válidamente cumplirse, no sólo en ejercicio del título de representación frente a los terceros con quienes contrate, sino actuando también el mandatario en su propio nombre (art. 2177 ibidem), con la sola consecuencia para este último caso, de que el acto que es susceptible de producir todos sus efectos entre mandante y mandatario sólo compromete la responsabilidad de este último, en relación con los terceros con quienes lo ejecutó.

De esta suerte, cuando el mandatario obra como tal frente a los terceros con quienes contrata, su situación jurídica ofrece una característica esencial que sirve para distinguirla de la que se origina en otras estipulaciones que, como la del simple arrendamiento de servicios, presenta con el mandato grandes analogías: es la facultad de

representación que en sí mismo conlleva el acto jurídico ejecutado en nombre del mandante, y que desde luego por su naturaleza es extraño al arrendamiento de servicios.

Por ello Planiol y Ripert, al considerar esta característica del mandato que, se ha dicho, es siempre representativo en el Derecho Francés, dicen lo siguiente: "El mandato es esencialmente un contrato de representación, destinado a permitir a una persona realizar un acto jurídico o una serie de actos por cuenta de otra, mientras que el contrato de trabajo tiene por objeto la realización de un trabajo con independencia de toda idea de representación. Sin duda, la celebración de un acto jurídico con otra persona puede considerarse también como un trabajo, y esta observación nos explica el mandato remunerado. Pero ese trabajo no es más que algo accesorio de la operación; lo que las partes se proponen es el resultado jurídico, es la creación directa de un derecho en favor del mandante por mediación del mandatario. En cambio, en el contrato de trabajo, la finalidad contemplada por las partes es el trabajo mismo, de que el patrono espera obtener un beneficio material o intelectual. Por ello, la jurisprudencia decide que el mandatario sólo puede recibir una remuneración estrictamente proporcionada a los gastos por él sufragados, mientras que en modo alguno se limita la cuantía de la remuneración que recibe el trabajador por concepto de salario". (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo XI, Nº 774).

El señor Vélez, conforme con este mismo criterio, expresa lo siguiente:

"El mandatario representa al mandante, es decir, habla y obra en su nombre, es propiamente obra del mandante, de modo que una vez ejecutado por el mandatario el acto que le ha encargado el mandante, éste se halla en el mismo caso en que hubiese ejecutado el acto por sí mismo. *Qui mandat ipse facisse videtur*. El mandante queda acreedor y deudor por el hecho del mandatario, quien personalmente no se obliga, ni obliga a terceros respecto de él, porque cumplido el mandato, desaparece y en su lugar está el mandante. (arts. 2177 y 2178).

"El carácter aludido del mandato lo diferencia principalmente del arrendamiento de servicios inmateriales (art. 2069). Quien alquila sus servicios obra por cuenta de quien los arrienda, pero no obra en nombre de éste, puesto que no lo representa. De esta diferencia resulta otra. La idea de representación implica necesariamente un acto

jurídico, es decir, un acto que tenga por objeto crear, conservar, modificar o extinguir derechos, y como el mandato implica a su vez representación del mandante por el mandatario, el mandato tiene que referirse en todo caso a un acto jurídico. El arrendamiento de servicios al contrario, no implica representación, puesto que comprende actos que no son jurídicos, como escribir un periódico etc. (Art. 2064).

"Los abogados, los médicos y en general los que viven del ejercicio de una profesión, no son mandatarios, porque no representan a sus clientes. Son sólo *locatores operarum*, que tienen derecho a que se les paguen sus servicios. Los abogados son mandatarios cuando aceptan un poder para representar a una persona en juicio. Aún en este caso tienen derecho a honorarios". (Derecho Civil Colombiano, Tomo VIII, Nº 178).

Y esta Corporación en numerosas providencias ha reafirmado el concepto de que "En el mandato, el mandatario precisamente ejecuta o ha de ejecutar actos jurídicos y no meros actos materiales, que es lo que por su lado caracteriza el arrendamiento de servicios. El mandatario procede en el lugar y nombre del mandante... "Nuestra Jurisprudencia tiene establecido claramente cómo los dos contratos de que se viene hablando deben distinguirse y cuán fácil es hacerlo parando mientes en que el mandato, en contraste con el arrendamiento de servicios, implica necesariamente la representación, al punto de figurar como elemento esencial de su definición misma (C. C. art. 2124 citado) el que la persona encargada de la gestión se haga cargo de los asuntos respectivos por cuenta y riesgo de aquella que la ocupa". (Casación agosto 5 de 1936, G. J. Nº 1914 pág. 109).

Dentro de estos conceptos, el texto del artículo 2144 del C. C. en que primordialmente se apoya el fallo que es materia del recurso y según el cual "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato", no puede entenderse en el sentido disyuntivo que ofrecen sus términos, sino en el de concurrencia del servicio con la representación de la persona a quien se presta; porque, si el mandato supone esencialmente un acto jurídico de obligatoriedad para el mandante, resulta a todas luces inaceptable la sola posibilidad de que llegue a estructurarlo el simple servicio del médico que ejecuta una operación quirúrgica, o el del mismo abogado que se encarga de la confección

de una minuta, no obstante suponer tales servicios los dilatados estudios profesionales que supone el texto, "No se ve, dice el doctor González Valencia en sus comentarios al Código Civil, la manera cómo las reglas del mandato podrían aplicarse a esta clase de servicios; tal parece como que el único objeto de la disposición hubiera sido, el de levantar conceptualmente el nivel de estos servicios, quitándole el carácter de simple arrendamiento, sin parar mientes en que dados los fines que se persiguen, no cabe conformar su naturaleza con la del contrato a que la refiere".

De todo lo cual se deduce, que no existiendo facultad ninguna de representación en el acuerdo formalizado entre los señores Sarmiento y Correal para la ejecución de las obras del alcantarillado que éste debía realizar por cuenta del primero, no cabe aplicarle las reglas del mandato; y que al obrar en sentido contrario el Tribunal, la sentencia quebrantó directamente y por interpretación errónea el artículo 2144 del C. C., y como consecuencia violó, por falta de aplicación, el último inciso del artículo 2053 siguiente que rige esta clase de estipulaciones, y que dice: "El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen".

Con fundamento en este cargo que la Sala declara procedente, debe pues invalidarse la sentencia recurrida, a efecto de proferir en instancia la que debe reemplazarla.

Sentencia de instancia

Conforme a lo expuesto en la primera parte de esta providencia, el ingeniero Sarmiento había acordado con el Departamento de Santander la construcción del alcantarillado del Municipio de Charalá, mediante el suministro por aquella entidad de la tubería y del concreto necesario para la obra, este último a precio de costo en el lugar mismo de los trabajos, y por los valores unitarios que allí mismo se expresan.

Ya adelantada la obra por Sarmiento sobrevino la propuesta que consigna la carta de 22 de junio de 1943, transcrita en lo pertinente, y a virtud de la cual Correal se obligaba —una vez aceptada— a construir la parte restante, o sean "3.600 metros de colector y 75 obras", constituidas éstas por cámaras de inspección y de caída, aliviaderos y sumidores, según allí se especifican.

Tanto en la contestación de la demanda como en las posiciones que en el curso del juicio se le

recibieron, niega Sarmiento que dicha propuesta hubiera llegado a formalizarse, pues que según él la parte que Correal tuvo en la construcción del alcantarillado, lo fue en la simple calidad de trabajador particular suyo a quien periódicamente le pagaba, como a los demás, el precio de su trabajo. Sin embargo este concepto se encuentra plenamente contradicho en el juicio: "El recibo que con fecha 23 de diciembre de 1943 expidió a Correal por conducto de Obdulio Rodríguez, en relación con la obra que aquél ejecutara; los comprobantes de dinero que semanalmente le suministraba para el pago de los trabajos realizados, y, el dicho mismo de los obreros a quienes en el curso del juicio se recibió declaración sobre el particular, demuestran claramente que la intervención de Correal frente a las obras del alcantarillado de Charalá, no fue en el simple concepto de un trabajador común, sino en cumplimiento del contrato propuesto por Sarmiento y aceptado por aquél. Luego si de conformidad con el expresado recibo de 23 de diciembre, Sarmiento recibió de Rodríguez y por cuenta de Correal, 1.111.13 metros de colector de distintos diámetros, "junto con pozos de inspección, aliviaderos y sumidores de 16-2 y 10 metros", resulta claramente establecida la obligación que tiene el demandado de pagar su valor al contratista de acuerdo con los precios y condiciones descritos en la carta de propuesta.

El monto de esta obra no es posible sin embargo establecerlo, sino mediante el respectivo incidente de liquidación; porque aun cuando sobre las bases del número de metros, especificación, precio asignado y deducción de \$ 0.10 a que tenía derecho el ingeniero Sarmiento por cada metro de colector, el precio de éste asciende exactamente a la cantidad líquida de \$ 1.719.11, no puede hacerse análoga deducción respecto de las obras de arte cuyo número y naturaleza no especifica el recibo de la obra. La prueba alguna distinta del informativo.

De otro lado aparece establecido por medio de comprobantes no objetados que el ingeniero Sarmiento suministró a Rodríguez por cuenta de Correal, y con destino al pago de la misma, las siguientes cantidades que, por lo mismo, deben deducirse del monto de la liquidación:

Septiembre 4/1943	\$ 100.00
" 25 "	240.00
Octubre 3/ "	262.00
" 17/ "	200.00
" 24/ "	200.00
Noviembre 3/ "	180.00

"	8/ "	200.00
"	16/ "	90.00
"	20/ "	200.00
"	28/ "	170.00
Diciembre	5/ "	200.00
"	11/ "	180.00
"	18/ "	300.00
"	14/ "	110.00
		<hr/>
		\$ 2.652.00
		<hr/>

SON: DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS.

No se toma en consideración para deducirlos, los doscientos pesos (\$ 200.00) que Mercedes Sarmiento dice haber recibido del ingeniero por cuenta de Correal, como precio de unas monedas de oro que éste le compró, porque sobre el particular sólo existe el dicho de esta declarante, que por sí solo no es prueba suficiente del hecho.

En síntesis, la liquidación de lo debido por Sarmiento a Correal, en razón de la obra que éste ejecutó por cuenta del primero, se hará sobre las siguientes bases:

a) Sobre la comprobación que se haga en el incidente del número y especie de las obras de arte (sumidores y aliviaderos) construídos por Correal, y de los precios unitarios que para ellas determina la carta de 22 de junio de 1943, se establecerá el valor de dichas obras;

b) A este producto se agrega luégo la cantidad de \$ 1.719.11 a que asciende el valor líquido del colector; y

c) Del total, se deducirá la cantidad de \$ 2.652.00 a que ascienden las sumas que, según los comprobantes allegados al juicio, le fueron anticipadas a Correal, más la de \$ 20.00 por cada una de las obras de arte que se acrediten conforme a lo prevenido en el ordinal a).

El resultado de estas operaciones, fijará la cuantía del pago por hacer.

También debe hacerse la condena que corresponde, por la suma de \$ 20.80 que el demandado confesó deberle al actor por concepto del alambre y aisladores de que trata la demanda, por

cuanto hecha esa declaración en el fallo de primera instancia el demandado no interpuso ningún recurso contra él, por cuyo motivo el Tribunal carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre tal extremo.

Como debe desecharse la que versa sobre el pago de intereses por las sumas adeudadas, por tratarse de una obligación cuya cuantía líquida no ha podido siquiera conocerse.

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, CASA la sentencia de trece (13) de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en este juicio, REFORMA la de primera instancia, y en su lugar,

FALLA:

Primero. Condénase al señor ingeniero José María Sarmiento a pagar al señor Alfredo Correal el valor de los trabajos que éste ejecutó por cuenta del primero en las obras del alcantarillado del Municipio de Charalá. El precio de tales obras se determinará mediante el incidente de que trata el artículo 553 del C. J., y sobre las bases descritas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Condénase asimismo al demandado doctor Sarmiento a pagarle al actor la suma de veinte pesos con ochenta centavos (\$ 20.80), valor del alambre y aisladores de que trata la demanda.

Tercero. No es el caso de hacer la declaración sobre pago de intereses de esta suma, por lo cual se absuelve al demandado del cargo respectivo.

No hay costas en el juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y ejecutoriado devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo — Pablo Emilio Manotas—Güalberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

**ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA — MIEN-
TRAS EL VENDEDOR NO HA SATISFECHO LAS OBLIGACIONES QUE COMO A
TAL LE CORRESPONDEN, DE ENTREGAR LA COSA VENDIDA Y SANEAR LA
VENTA, A MAS DE OTRAS, EL COMPRADOR NO ESTA EN MORA DE PAGAR EL
PRECIO Y DE CUMPLIR LAS OTRAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS — EL MAN-
DATO DEL ARTICULO 343 DEL C. J. SOLO ES APLICABLE RESPECTO DE LAS
INSTANCIAS**

1—Si el vendedor no ha satisfecho las obligaciones que como a tal le corresponden, y entre las que ciertamente se hallan las fundamentales de entregar la cosa vendida y sanear la venta, el comprador no está en mora de cumplir con las suyas —entre ellas, la primordial de pagar el precio— ni puede, por consiguiente, demandársele válidamente su ejecución.

2—Según lo tiene repetido la Corte en constante y uniforme jurisprudencia, el mandato de que trata el artículo 343 del C. J., conforme al cual, “cuando el juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerse en la sentencia”, sólo tiene aplicación respecto de las instancias del juicio, mas no para juzgar en casación el fallo con que aquéllas concluyeron; ni alegados en oportunidad los hechos en que se apoye una de tales excepciones, cabe sustentar aquel recurso con base en la causal primera, sino en la segunda, o sea, por “no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes”.

3—La facultad de que trata el inciso 2º del artículo 1929 del C. C. constituye apenas un medio de excepción, a virtud del cual el comprador que no ha pagado el precio puede —en caso de perturbación o amenaza de evicción— reemplazar dicho pago con un depósito judicial que le garantice contra los perjuicios que puedan sobrevenirle en razón de tales situaciones, sin que el sentido en que se ejerza dicha facultad tenga por qué modificar la naturaleza de las obligaciones que por el contrato contra-
jo el vendedor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b).—Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Por escritura pública N° 1307 de 22 de junio de 1937 de la Notaría Tercera de Medellín, los señores EFRAIN y ANTONIO J. CABALLERO compraron a JOSE IGNACIO CABALLERO, por partes iguales, “una finca territorial, con casa de tapias y tejas, demás mejoras y anexidades, situada en el paraje de “El Salado”, fracción de América de este Distrito y que linda: “Por el frente, con un callejón de servidumbre; por un costado con predio de Rebeca Cano; por cabecera, con un camino de servidumbre; y por el otro costado, con otro camino de servidumbre, que adquirió... por compra en lotes, parte a Encarnación Alvarez y otros, y parte por adjudicación en la sucesión de su madre Pascuala Arango”. Como precio de esta venta se acordó la suma de dos mil quinientos pesos (\$ 2.500.00) pagaderos así: NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS, mediante la cancelación de dos hipotecas que el vendedor había constituido a favor del primero de los compradores, conforme a escrituras públicas 1655 de 1929 y 2180 de 1930 de las Notarías Tercera y Segunda de Medellín, y que al efecto hizo dentro del propio instrumento; QUINIENTOS PESOS, que el segundo de los compradores pagó de contado; y el saldo de MIL CINCUENTA PESOS para pagar dentro del plazo de cinco años, en la proporción de TRESCIENTOS PESOS el primero, o sea Efraín y SETECIENTOS CINCUENTA pesos el segundo, o sea Antonio. Los otorgantes declararon que desde esa fecha se hacía la correspondiente entrega del inmueble, agregando, posteriormente, “que el vendedor queda con de-

recho de habitación y de usufructo del inmueble vendido mientras viva”.

La finca objeto de esta venta había sido adquirida por el vendedor, parte por adjudicación que se le hizo dentro de la sucesión de su madre Pascuala Arango de Caballero, y parte por compras hechas dentro de la sociedad conyugal constituida con su esposa la señora Nicolasa Torres.

Poco después de otorgada la anterior escritura, el 13 de diciembre de 1938, falleció el vendedor señor Caballero; posteriormente, el 6 de mayo de 1944 murió su esposa, y más tarde, el 17 de marzo de 1946, el comprador Efraim Caballero. Los primeros dejaron varios herederos y entre ellos su hijo Aristides, demandante en este pleito; y el segundo a su esposa Carmen Muñoz de Caballero, y a sus menores hijos José Ignacio, Julio César y Rodrigo de Jesús Caballero Muñoz.

Así las cosas, los herederos del vendedor José Ignacio Caballero consideraron no cumplida por los compradores la obligación de pagar el precio, y en tal virtud procedió el señor Aristides Caballero a demandar para la sucesión y sociedad conyugal Caballero-Torres a fin de que, con citación y audiencia de Antonio J. Caballero y herederos de Efraim Caballero, se declare lo siguiente:

“a)... resuelto por falta de pago total del precio, el contrato de compraventa consignado en la escritura número 1.307 de fecha 22 de junio de 1937 de la Notaría 3ª del Circuito, referente al inmueble que se especificó en el numeral 6º de esta demanda;

“b) Que en consecuencia se declare de propiedad de la sociedad conyugal y de la sucesión de los señores José Ignacio Caballero y Nicolasa Torres el expresado bien, con todas sus mejoras y anexidades;

“c) Como consecuencia de las anteriores declaraciones, que los demandados están en la obligación de devolver y entregar a la sociedad conyugal y a la sucesión dichas, el inmueble materia del contrato de compraventa cuya resolución se pide, dentro del plazo que el señor Juez señale; junto con todos los frutos civiles que hubiere producido el inmueble desde la fecha en que lo recibieron y hasta que la entrega se verifique, o los frutos que hubiere podido producir la finca en poder del vendedor y de la sucesión, explotada con mediana inteligencia y actividad, considerando a los demandados como poseedores de mala fe;

“d) Que los demandados están en la obligación

de pagar los perjuicios sufridos con la infracción del contrato, lo que será determinado por medio de peritos en este mismo juicio o en otro separado, o bien por el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial; y

“e) Que los demandados están en la obligación de pagar las costas del juicio”.

Sustanciada la demanda en la primera instancia, el Juzgado del conocimiento que lo fue el Tercero Civil del Circuito de Medellín, la decidió en sentencia de catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, declarando probada la excepción de petición antes de tiempo.

El fallo recurrido

De este fallo apeló el señor apoderado de la parte demandante, por cuyo motivo llegó el negocio al Tribunal Superior de Medellín, el que luego de darle la tramitación debida lo decidió en sentencia de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, en los siguientes términos:

“1º Revócase la sentencia pronunciada por el Juez 3º de este Circuito, con fecha 14 de octubre del año pasado;

“2º Decláranse no probadas las excepciones alegadas por los demandados;

“3º Declárase resuelto, por falta de pago de parte del precio que se quedó debiendo, el contrato de compraventa contenido en la escritura número 1.307 de 22 de junio de mil novecientos treinta y siete, corrida en la Notaría 3ª de este Circuito, y librense los oficios correspondientes para la cancelación de este instrumento y su registro.

“4º Condénase a los demandados a restituir a la sucesión y sociedad conyugal de los señores José Ignacio Caballero y Nicolasa Torres, una vez ejecutoriada esta sentencia, la finca a que se refiere la escritura mencionada en el punto anterior.

“5º Condénase a los demandados a restituir a los actores los frutos del inmueble en la proporción que corresponde a la parte del precio dejado de pagar de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva o expositiva de este fallo, lo mismo que el valor de los perjuicios resultantes del incumplimiento del contrato, frutos y perjuicios que serán liquidados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial, por no haber elementos de ninguna clase en este proceso, en términos de que pudiera hacerse la liquidación en esta misma providencia.

"Llegada la hora se harán las compensaciones autorizadas por el artículo 1.414 del C. Civil.

"6º Se condena a los demandantes a la restitución de las sumas recibidas como parte del precio de la venta, la cual ha de hacerse una vez ejecutoriada esta sentencia a la persona o personas que hubieren hecho el pago o a sus representantes legales.

"7º No se hacen las demás declaraciones de la demanda.

"Sin especial condenación en costas".

Como fundamento de esta decisión tuvo en cuenta el sentenciador lo siguiente:

Conforme al artículo 1.608 del C. C., el deudor está en mora "cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora"; pero como en el caso que se contempla, la ley no previene el requerimiento previo por haber las partes acordado un plazo dentro del cual debía cumplirse la obligación de pagar la parte del precio que les quedaba por solucionar, y contra lo afirmado por los demandados no se comprobó ese pago, la acción propuesta para que se declare resuelto el contrato es fundada, en conformidad con el artículo 1.546 del citado Código.

De otro lado, el artículo 964 prescribe que el poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder. Y el 1.414 de la misma obra enseña, que "si uno de los herederos fuere acreedor o deudor del difunto, sólo se confundirá con su porción hereditaria la cuota que en este crédito o deuda le quepa y tendrá acción contra sus coherederos, a prorrata, por el resto de su crédito, y les estará obligado a prorrata por el resto de su deuda". Por lo tanto, agrega la sentencia, "los demandados tenían... que pagar el valor de los perjuicios y de los frutos producidos por los bienes desde la celebración del contrato, ya que la ley los considera como poseedores de mala fe. Pero como ellos, en su condición de herederos, son también acreedores de la sucesión, entonces se presenta una especie de compensación o confusión de la cuota herencial con lo que ellos adeuden a los demandantes por concepto de frutos y perjuicios, confusión que se opera hasta el monto de la cantidad menor.

"Parece — además — que Efraín Caballero no canceló siquiera la obligación hipotecaria a que

se refiere la escritura, atrás citada, a juzgar por la prueba dada por la otra parte, consistente en el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y según el cual las hipotecas que se obligó a cancelar Efraín Caballero aún permanecen vigentes. De suerte, pues, que este comprador no dio nada en abono a la parte del precio que le correspondía solventar".

La demanda de casación

Contra la anterior providencia recurrieron en casación los demandados, oponiéndole dos cargos que apoyan en la causal primera del artículo 520 del C. J., y uno deducido de la causal segunda del mismo artículo.

Causal primera.—Los cargos correspondientes a esta causal, pueden concretarse así:

"Las obligaciones del vendedor generalmente se reducen a dos: la entrega o tradición de lo vendido, como primera; y el saneamiento de la cosa vendida como segunda, conforme al precepto contenido en el artículo 1.888 del C. C. en relación con los artículos 1.605 y 1.609 *ibidem*".

Ahora bien. En conformidad con lo declarado por las partes en la escritura por medio de la cual se formalizó el contrato que es materia de este pleito, el vendedor José Ignacio Caballero "queda con derecho de habitación y de usufructo del inmueble vendido mientras viva"; lo que comprueba, contra lo dicho antes en el propio instrumento, que la entrega no se hizo en el acto mismo de la venta, sino que tal obligación pasó a los herederos del vendedor. Y según el correspondiente certificado de registro aducido al juicio consta asimismo que, a más de las hipotecas que Efraín Caballero tomó a su cargo, existía otra constituida por escritura número 1.426 de 22 de junio de 1919, que aún hoy aparece sin cancelar.

El sentenciador, sin embargo de estas pruebas, incurrió en manifiesto error de hecho en la estimación de la primera, y dejó también erróneamente de apreciar la segunda, para reconocer como cumplidas las obligaciones de entrega y saneamiento que competen al vendedor; y como consecuencia de ese error violó, por haberlos dejado de aplicar, los artículos 1.603, 1.605, 1.608, 1.609 y 1.880 del C. C., de acuerdo con cuyos principios los demandados debían ser absueltos (primer cargo). Por otra parte, establece el artículo 1.929 del C. C. que en el caso de que se comprue-

be la existencia de una acción real contra la cosa vendida, y de que el vendedor no haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador depositar el precio hasta que el vendedor provea al saneamiento de lo vendido. Lo cual quiere decir, a juicio del recurrente, que mientras el comprador no pretenda colocar al vendedor en estado jurídico de mora para exigirle el pago de las indemnizaciones correspondientes al incumplimiento de la obligación de notificarle oportunamente de las acciones reales que pesan sobre la cosa, está en sus facultades depositar o no el precio; pero que si no lo hace, las dos partes quedan constituidas en mora, con el resultado de que ninguna de ellas pueda válidamente ejercitar acción resolutoria por incumplimiento.

De donde se sigue, que al abstenerse de estimar el sentenciador la existencia del gravamen hipotecario resultante del certificado, y del cual no se dio aviso alguno a los compradores, incurrió en manifiesto error de hecho por este motivo, a consecuencia del cual violó, por falta de aplicación el artículo 1.929 del C. C., antes mencionado (cargo segundo).

La Sala considera:

Las alegaciones en que apoya el recurrente estos dos primeros cargos contra la sentencia, conforman exactamente la llamada excepción de **non adimpleti contractus** o **contrato no cumplido** que estructura el artículo 1.609 del Código Civil, y conforme al cual "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". Si, en casos como el de que aquí se trata, el vendedor no ha satisfecho las obligaciones que como a tal le corresponden, y entre las que ciertamente se hallan las fundamentales de entregar la cosa vendida y sanear la venta, el comprador no está en mora de cumplir con las suyas —entre ellas, la primordial de pagar el precio— ni puede por consiguiente demandársele válidamente su ejecución.

En el presente caso sin embargo, los demandados no hicieron objeto alguno de controversia dentro de las instancias del juicio, ninguno de los medios defensivos en que se traducen los dos cargos propuestos, y que sólo en casación han venido a invocarse. En la respuesta de la demanda se limitaron a proponer las excepciones de "cumplimiento de la obligación, inexistencia de la obligación demandada en virtud del pago que

efectuaron los compradores, petición antes de tiempo y de un modo indebido, e inepta demanda", sin especificar, sobre todo respecto de las últimas, el hecho o hechos en que las fundaban; y luego en el brevísimo alegato de conclusión para la segunda instancia, pues que en la primera guardaron silencio, nada distinto hicieron a propugnar el hecho de estar cubierta la totalidad del precio, en que se apoyan las primeras.

Pero como, según lo tiene repetido la Corte en constante y uniforme Jurisprudencia, el mandato de que trata el artículo 343 del C. J., conforme al cual, "cuando el juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado debe reconocerse en la sentencia", sólo tiene aplicación respecto de las instancias del juicio, mas no para juzgar en casación el fallo con que aquéllas concluyeron; ni alegados en oportunidad los hechos en que se apoye una de tales excepciones cabe sustentar aquel recurso con base en la causal primera, sino en la segunda, o sea por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", resulta entonces que por no haber sido aquellas excepciones materia de contradicción en los debates de instancia, ni haberse fundado dentro del recurso en la causal que legalmente les corresponde, el cargo que se considera debe ser desestimado.

Fuera de que, siguiendo la interpretación que el recurrente le asigna a las excepciones abstractamente propuestas en la contestación de la demanda, tampoco podría concluirse la violación de ley sustantiva proveniente de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la escritura y de la falta de apreciación del certificado en que consta la hipoteca de 1919, por dos razones: porque no obstante la declaración que las partes hicieron en la primera sobre reserva de los derechos de habitación y de usufructo, y de la cual se deduce que no hubo entrega del inmueble al comprador en aquel acto, es lo cierto que dentro del mismo instrumento había manifestado antes el vendedor "que desde hoy hace entrega material a los compradores del inmueble vendido", y que éstos "dan por recibido lo que por ella adquieren"; lo cual establece un estado de duda originado en la contradicción de los términos, bastante para descartar el error manifiesto o evidente en que pudo incurrir el Tribunal al pronunciarse por uno de los extremos. Y porque si "la obligación de saneamiento comprende dos ob-

jetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados "vicios redhibitorios", el hecho de que el Tribunal hubiera dejado de estimar la vigencia del gravamen hipotecario constituido en 1919; no demuestra falta de apreciación de la prueba sobre el incumplimiento de la obligación de amparo en el dominio o en la posesión, ni menos aún en la de responder por un vicio que, conforme al artículo 1.915 del Código Civil, no llega a ser redhibitorio.

La facultad de que trata el inciso 2º del artículo 1.929 del C. C. constituye apenas una medida de excepción, a virtud de la cual el comprador que no ha pagado el precio puede —en caso de perturbación o amenaza de evicción— reemplazar dicho pago con un depósito judicial que le garantice contra los perjuicios que puedan sobrevenirle en razón de tales situaciones, sin que el sentido en que se ejerza dicha facultad tenga por qué modificar la naturaleza de las obligaciones que por el contrato contrajo el vendedor.

Son, pues infundados los cargos de que se trata, y por lo tanto deben rechazarse.

Causal segunda.—Se acusa en último término la sentencia, por no estar ella en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; pues que en relación con la condena por frutos, sólo se demandó el pago de los producidos o que hubieran podido producirse "desde la fecha en que recibieron el inmueble"; lo cual significa que al reservarse el vendedor los derechos de uso y habitación por todo el tiempo de su vida, los compradores no pudieron entrar en posesión de la cosa vendida, sino desde el 13 de diciembre de 1938 en que falleció aquél. Por lo tanto al condenar el sentenciador al pago de los frutos "desde la celebración del contrato", falló *ultrapetita*, esto se en disconformidad con las pretensiones de las partes.

Se considera:

La declaración de condena al pago de frutos se refirió, como muy bien lo dice el recurrente, a los producidos o que hubieran podido producirse "desde la fecha en que recibieron el inmueble" los compradores, hoy demandados, y que desde luego podía ser la misma en que el contrato se formalizó, u otra posterior. Pero si, frente a los términos contradictorios de la escritura que declara verificada la entrega en la misma fecha de su otorgamiento y reservados, a la vez, los derechos de habitación y usufructo por toda la vida del vendedor, el Tribunal —en defecto de otras pruebas— se inclinó por la primera, no puede sostenerse que aquella decisión rebase el límite de las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ni por lo tanto, que sea casable por dicho motivo.

El cargo, pues, debe desecharse.

A 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 cuatro (4) de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Mamotas.

Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — TECNICA DE CASACION. — ERRONEA Apreciacion DE PRUEBAS. — LA MALA FE O LA CULPA SOLO DAN LUGAR A INDEMNIZACION CUANDO HAYAN OCASIONADO UN DAÑO Y ESTE SE ESTABLECE fehacientemente EN EL RESPECTIVO PROCESO. — EL JUZGADOR APRECIA LIBREMENTE SI UN PERITAZGO ESTA DEBIDAMENTE FUNDAMENTADO, Y EL SUPERIOR PUEDE VARIAR ESA Apreciacion SOLO CUANDO SE COMPRUEBE QUE EN ELLA SE INCURRIO EN ERROR DE HECHO QUE APAREZCA DE MANIFIESTO EN LOS AUTOS

1.—La mala fe o la culpa en que haya incurrido un demandado sólo da lugar a indemnización cuando origina un daño y éste se establece fehacientemente en el respectivo proceso.

2.—Cuando el recurso se funda en violación de la ley a consecuencia de error de hecho o de error de derecho en la apreciación de pruebas, es preciso citar las pruebas que estuvieron mal apreciadas y decir y demostrar en qué consistió este error, como lo requiere perentoriamente el numeral 1º del artículo 520 del C. J.

3.—El dictamen pericial cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero veinte y siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

La Tesorería Municipal de Cali liquidó, según reconocimiento número 357 de fecha 6 de junio de 1938, la cantidad de \$ 94.13 a cargo del doctor Evangelista Quintana R., por concepto de cuotas de pavimentación de algunas zonas ubicadas frente a inmuebles de propiedad del demandante. Para hacer efectiva la cancelación de esta suma,

9—Gaceta

la Tesorería inició contra el doctor Quintana un juicio ejecutivo, con jurisdicción coactiva que, en concepto de éste se adelantó dolosamente, demandándolo como a deudor moroso sin serlo y solamente con el deliberado propósito de inferirle grave daño e injuria en su persona, honra y bienes. Considera el demandante que en el citado juicio los empleados del Municipio se dieron a la tarea de cometer toda clase de abusos, injusticias e ilegalidades tales como declararle embargados bienes raíces y muebles, cánones de arrendamiento y un saldo en efectivo en el Banco de Bogotá, Sucursal de Cali. El doctor Quintana interpuso en ese juicio ejecutivo la excepción de inexistencia de la obligación que el Tribunal declaró probada en sentencia de fecha 8 de febrero de 1940. Finalmente, y después de hacer extensas consideraciones sobre la manera arbitraria e ilegal con que procedieron los empleados municipales en el juicio ejecutivo, dice en la demanda que el embargo de sus bienes y la inmovilización de la cuenta en el Banco, afectaron considerablemente el curso normal de sus negocios y su prestigio comercial, recibiendo por tal motivo serios perjuicios materiales y morales que el Municipio de Cali debe indemnizarle por la culpa, negligencia y dolo en que incurrieron los funcionarios de la Tesorería, al adelantar contra él un juicio por una obligación inexistente. El demandante estimó los perjuicios referidos en la suma de \$ 10.000, o la que se fije en justa tasación pericial como daño emergente y lucro cesante sufridos por él; y solicitó, además, la devolución de los \$ 100.00 que depositó en la Tesorería para cubrir la cuota de pavimentación que le fijaron, más los intereses de esta suma al 12% anual desde la fecha del depósito hasta la del pago.

Cumplida la tramitación legal correspondiente, el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali en pro-

videncia fechada el 3 de noviembre de 1943, absolvió al Municipio demandado de los cargos formulados por el actor. Interpuesto por éste el recurso de apelación contra el fallo del Juzgado, el negocio subió al Tribunal Superior, entidad que, en sentencia fechada el 9 de diciembre de 1948, resolvió lo siguiente:

"Se condena al Municipio de Cali, a reintegrar al doctor Evangelista Quintana R., la cantidad de cien pesos (\$ 100.00) que consignó en la Tesorería del mismo Municipio, el día 15 de febrero de 1939, por razón del juicio ejecutivo con jurisdicción coactiva que fue seguido contra aquél para el cobro de unas cuotas de pavimentación.

"El Municipio pagará también al nombrado doctor Quintana R., los intereses legales que ha devengado la expresada suma de dinero, desde la fecha en que se hizo la referida consignación hasta el día del pago.

"Se absuelve al Municipio demandado de los demás cargos formulados en la demanda".

En ese fallo el Tribunal, después de hacer un resumen pormenorizado de las pruebas aportadas al debate y de los hechos que según el demandante constituyen los perjuicios que le causó el Municipio, expresa que para que haya lugar a la obligación civil de indemnizar perjuicios no basta que se haya cometido un delito o culpa, sino que es indispensable que se haya inferido un daño, pues si el hecho delictuoso o culposo que se imputa y alega como base de la demanda no ha causado ninguno, la acción indemnizatoria no puede prosperar.

En seguida el sentenciador hace un detenido estudio de la prueba aportada al debate para demostrar los hechos que por el actor se señalaron como constitutivos del perjuicio, y mediante ese examen llega a la conclusión de que no aparece comprobado que aquél haya sufrido daño alguno patrimonial o moral, por razón de las actividades realizadas por el Municipio con ocasión del prealudido juicio ejecutivo.

Se refiere, además, a la prueba pericial practicada en el proceso para avaluar el monto de los perjuicios, la cual descarta por cuanto los elementos que los peritos tomaron como base para fijar la cuantía de aquéllos —que fueren los mismos que el Tribunal ya había analizado— no suministran dato alguno concreto sobre la materia sometida a la apreciación pericial y porque además el dictamen —por las razones que apunta— carece de la precisión, exactitud y claridad que exige el artículo 716 del C. J.

El único perjuicio que encontró comprobado fue el proveniente de la consignación de \$ 100.00 que en la Tesorería Municipal hizo el demandante, con los fines de que habla el artículo 1018 ibidem, por lo cual estimó del caso revocar la sentencia de primera instancia para proferir la condena al respecto.

Finalmente expresó: "A esta conclusión definitiva se llega, porque si bien es cierto que en la actuación judicial de que se trata, los agentes de la entidad demandada procedieron con falta de diligencia y cuidado, pues no hay fundamento para sostener que hubiesen obrado con deliberado propósito de inferir daño a la persona y propiedad del demandante, es también cierto que la acción civil indemnizatoria, sólo es efectiva en relación con el perjuicio que resulte plenamente comprobado".

Al demandante se le concedió recurso de casación, el que debidamente sustanciado se procede a decidir.

Aunque el recurrente no expresa, como lo manda el artículo 531 del C. J., la causal que aduzca para pedir la infirmación del fallo, dada la índole de sus acusaciones se comprende que quiso invocar la primera del artículo 520 ibidem, por lo cual la Sala pasa a considerarlas siguiendo el orden en que se proponen.

Cargo primero

Aquí el recurrente sostiene, en síntesis, que el Tribunal incurrió en "violación del artículo 768 del C. C. con error de hecho y de derecho" al considerar que no existía fundamento para afirmar que el Municipio de Cali hubiera obrado —por conducto de sus funcionarios— de mala fe en la actuación cumplida en el referido juicio ejecutivo, y tal error lo hace derivar de que el sentenciador no apreció las pruebas que, en concepto del recurrente acreditan esa mala fe.

Se considera:

La violación que se alega del artículo 768 del Código Civil, en cuanto dispone que "el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario", no puede proponerse útilmente en la forma intrascendente y recortada en que lo hace el acusador, pues ha debido conexionala con la de las disposiciones sustantivas relativas al derecho mismo que se discute en la controversia y con la demostración probatoria de que esa mala fe ocasionó perjuicios concretos. Para los efectos del recurso

a nada útil conduciría que se admitiese como evidenciado que el Municipio demandado obró dolosamente, pues aun cuando el Tribunal negó que esta circunstancia se hubiera establecido, aceptó que estaba probada la culpa con que aquél procedió, y tanto ésta como la mala fe dan derecho a la indemnización del daño, siempre que la existencia de éste se pruebe plenamente. El Tribunal no lo halló comprobado y por este motivo absolvió. De consiguiente, para que el cargo resultara eficaz, el recurrente ha debido complementarlo con las citas de las disposiciones sustantivas que amparan el derecho alegado y con la demostración de que el sentenciador incurrió en error en la apreciación de las pruebas atinentes al perjuicio, pues la mala fe o la culpa en que haya incurrido un demandado sólo da lugar a indemnización cuando origina un daño y éste se establece fehacientemente en el respectivo proceso.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo

En éste, intitulado "Violación del artículo 2341 del C. C. con error de hecho y de derecho", en resumen dice el recurrente que en el cargo anterior demostró que el problema de autos encaja dentro de lo dispuesto en la citada disposición, y que el Municipio para cobrar la misérrima suma de \$ 94.13, por deuda que no era real, hizo los cuatro embargos sucesivos que enumera. Después finaliza su acusación transcribiendo jurisprudencias de la Corte y doctrinas de autores sobre responsabilidad civil y culpa.

Considera la Sala:

Este cargo está mal formulado y no puede prosperar pues, de un lado, no expresa en forma alguna ni mucho menos de manera clara y precisa —como lo manda el artículo 531 del C. J.— las razones por las cuales el Tribunal pudo incurrir en el quebranto del artículo 2341 del Código Civil, y de otro, aunque se afirma que su violación procedió de "error de hecho y de derecho", no se citan las pruebas que estuvieron mal apreciadas ni se dice en qué consistió el error ni se demuestra éste, como lo requiere perentoriamente el numeral 1º del artículo 520 del C. J. y lo ha establecido la Corte en tan abundante, reiterada y conocida jurisprudencia, que ya resulta hasta inoficioso transcribir.

Lo expuesto es más que suficiente para rechazar, como en efecto se rechaza, el cargo anterior.

Tercer cargo

Lo titula el recurrente como "violación del artículo 2341 del C. C. por error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos", y al fundamentarlo dice que en el proceso está comprobado lo siguiente: el embargo preventivo de una casa, durante un año y siete meses; el embargo de los arrendamientos de otra, por dos meses; el embargo de \$ 2.000.00 que estaban depositados en el Banco de Bogotá y las consecuencias que ese embargo le originó al demandante, y el depósito de \$ 100.00 que hizo en la Tesorería, retenido desde el 15 de febrero de 1939; que los peritos a que se refiere, basados en esos hechos, avaluaron el perjuicio en \$ 6.000.00; que ese dictamen, uniforme, explicado y debidamente fundamentado, es plena prueba según el artículo 721 del C. J.; que el juzgador no está facultado para apreciarlo ni menos para desecharlo, con fundamento en el artículo 716 ibidem, que no viene al caso, por lo cual cometió error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos, violando con ello el artículo 2341 del C. C.

Se considera:

Primero.—El Tribunal aceptó como comprobados en el proceso los hechos a que el recurrente se refiere, pero al estudiar y analizar pormenorizadamente como lo hizo la prueba que se trajo con el fin de demostrar que esos hechos habían causado perjuicios al actor, afirmó que de ellas no resulta que a éste se le hubiera ocasionado perjuicio alguno. Por consiguiente, al recurrente no le bastaba aseverar en casación, cual si estuviera en instancia, que esos hechos le causaron determinados perjuicios, puesto que lo que debió hacer, para ajustarse a la técnica propia del recurso, es atacar la apreciación que en concreto el sentenciador hizo de las pruebas atinentes al daño, citando las que a su juicio estuvieron mal apreciadas, y alegando y demostrando que incurrió en error de hecho manifiesto o de derecho, tal como lo enseña y prescribe el numeral 1º del artículo 520 del C. J.

Segundo.—"En innumerables decisiones de la Sala de Casación se ha sentado la jurisprudencia de que el dictamen pericial cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de he-

cho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos". (Casación, 30 de abril de 1942, Tomo LIII, 391. 22 de octubre de 1942, LIV-bis, 198. 11 de diciembre de 1945, LIX, 839).

"La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido nunca aceptada por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del C. J., que no sólo permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente". (Casación, 17 de agosto de 1944, LVII, 532).

Además, en el caso de autos el sentenciador desechó el dictamen pericial no sólo "por carecer de precisión, exactitud y claridad", es decir, de debida fundamentación, sino también porque consideró que los elementos que los peritos tuvieron como base para fijar el monto del perjuicio no comprueban concretamente la realidad del daño, por lo cual se comprende era deber del

recurrente, que no cumplió en casación, alegar y demostrar que de esas pruebas sí resulta comprobado el perjuicio, destacando así un error de hecho manifiesto o uno de derecho, a fin de que a la Corte le fuera dable modificar la apreciación probatoria del sentenciador de instancia.

No se admite el cargo.

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de nueve (9) de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), proferida en el presente negocio por el Tribunal Superior de Cali.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Hernando Lizarralde, Secretario.

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERÍA. — QUIEN PUEDE PEDIR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD POR TAL MOTIVO. — INTERÉS PARA DEMANDAR LA NULIDAD O LA SIMULACIÓN DE UN CONTRATO. — DIFERENCIAS ENTRE SIMULACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA Y ENTRE SIMULACIÓN Y NULIDAD. — EL CONTRATO SIMULADO NO ES NECESARIAMENTE NULO. — EL CUMPLIMIENTO DE UNA CONDENA EN ABSTRACTO NO CONSTITUYE INCIDENTE Y POR TANTO LA PRIMERA PROVIDENCIA QUE RECAIGA SOBRE LA SOLICITUD DE LIQUIDACIÓN DEBE SER NOTIFICADA PERSONALMENTE

1.—El derecho de pedir la declaración de nulidad del juicio por ilegitimidad de personería o indebida representación, o falta de citación o emplazamiento, corresponde en forma tan exclusiva a la parte en cuyo favor se ha establecido, que no es permitido su ejercicio ni aún a su litis consorte.

2.—En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que el interés jurídico del acreedor, indispensable para demandar la declaración de nulidad o de simulación de un contrato celebrado por su deudor con un tercero, debe ser actual y hallarse protegido por la ley. Y al hablar de intereses protegidos por la ley, ha expresado que por tales deben entenderse no solamente aquellos concretados en derechos exigibles, como sería una deuda de plazo vencido, sino también aquellos constituidos por derechos claros y concretos aun cuando no sean actualmente exigibles.

Y puesto que el interés jurídico necesario para instaurar con éxito la acción de nulidad o la de simulación, lo determina la calidad de acreedor que ostente el demandante en el momento de instaurar la demanda, su personería debe ser reconocida si presenta la prueba de la obligación. El valor concreto del crédito es factor adjetivo y subalterno que no hace su aparición en el proceso sino cuando el deudor demandado arguye que conserva bienes suficientes para pagar. El título que establezca una obligación personal debe expresar una cantidad líquida cuando se pretenda hacerlo valer en juicio ejecutivo. Un crédito por suma indeterminada no presta mérito eje-

cutivo por no tener el requisito de ser líquido; pero esto no significa que no exista y que no sea actual. El mismo interés jurídico asiste al titular de una acreencia de plazo no vencido que al beneficiario de un crédito por cuantía indeterminada, para pedir la invalidación de un acto o contrato de su deudor, realizado con fines fraudulentos. Entre las acreencias a plazo no vencido no tienen por qué ocupar inferior situación las que nacen a virtud de una condena judicial que no determine su valor o cuantía. Si bien éstas no dan mérito para el cobro ejecutivo mientras no se cumpla el requisito de la liquidación que ha de precisar su valor, es indudable que le proporcionan a su titular medios legales para protegerlas contra maniobras dolosas del deudor.

3—Cuando en casación se acuse una sentencia, como ésta puede ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea, es indispensable concretar el sentido en que los textos legales pertinentes hayan sido vulnerados, para que la Corte logre configurar conceptualmente el pensamiento del recurrente sobre el particular y determinar la órbita en que debe quedar circunscrito el debate.

4 — La simulación absoluta tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico de mera apariencia, sin ninguna realidad, porque simultáneamente con él se celebra un acto oculto, una contra-estipulación válida, por medio de la cual se destruyen totalmente los

efectos del acto ostensible. La simulación no es PER SE motivo de nulidad.

La simulación relativa consiste en alterar parcialmente las estipulaciones o en encubrir los efectos jurídicos de un acto real que las partes han querido celebrar, con otro realizado sólo en apariencia. El acto oculto cambia la naturaleza jurídica del aparente, pero no destruye sus efectos; v. gr. si el ostensible es una compraventa y el oculto una donación, éste modifica la naturaleza del primero, pero no destruye sus efectos, porque la transferencia del dominio, que es el fin realmente buscado, queda en pie. Tratándose de la simulación relativa, la acción legal correspondiente no tiene el fin de obtener la declaración de nulidad del acto aparente, sino la prevalencia del oculto, para que una vez descubierto se declare su validez o su ineficacia, con aplicación de las reglas generales pertinentes. Tanto en la simulación relativa, como en la absoluta, el acto aparente carece de valor, no porque se halle viciado de nulidad, sino porque así lo han acordado las partes secretamente. Otra cosa es que el acto secreto llegue a ser inválido por tener un vicio esencial de forma o de fondo.

Una vez que el demandante demuestre el carácter ficticio del contrato aparente, la declaración de simulación de éste es imperativa. Entonces, si el mismo demandante ha alegado la existencia de pacto secreto que deje vigentes los efectos esenciales del acto ostensible, o el demandado lleva al juicio la prueba de tal contraestipulación, se estaría en presencia de una simulación relativa, que obligaría al juzgador a pronunciarse sobre tal contrato secreto, examinando entonces su licitud o ilicitud, conforme a los pedimentos de las partes, o de oficio, en el caso de encontrar en forma manifiesta una nulidad absoluta en el mismo acto o contrato.

Pero si el demandante no ha pedido que se haga valer el contrato oculto, ni el demandado ha demostrado su existencia, la simple prueba de simulación del contrato aparente deja a aquél sin efecto alguno, ya que ni siquiera es el caso de entrar a considerar la existencia de un hipotético pacto secreto con el cual pueda configurarse la simulación relativa.

5—La demanda debe interpretarse en forma científica, buscando el claro sentido de las peticiones y sin detenerse en el simple significado literal de las palabras utilizadas por el demandante. La Corte en muchas ocasiones ha dicho que debe primar sobre el alcance literal el sentido claro y preciso que se deduzca del libelo, y así ha admitido que se trata de simulación la ejercitada en demandas en las cuales se hablaba de nulidad, pero de cuyo contenido aparecía sin duda alguna que se estaba sosteniendo la existencia de un contrato aparente o simulado.

6—La jurisprudencia de la Corte, hace bastantes años rectificó la confusión existente al identificar las acciones de simulación y de nulidad o inexistencia, para dejar como algo perfectamente claro que se trata de nociones distintas, con su propio y definido sentido jurídico. El contrato simulado no es necesariamente nulo; por el contrario, cuando simplemente se trata de disimular una declaración de voluntad, sin que existan objeto ni causa ilícitos, el contrato aparente no es nulo. La nulidad puede aparecer como consecuencia de vicios del consentimiento o de objeto o causa ilícitos o de falta de solemnidades de ley, exactamente como para cualquiera otra clase de contratos, e igualmente, el contrato oculto no es inexistente, porque ha habido voluntad de celebrarlo y con él se producen los efectos que las partes han querido producir. El contrato ostensible existe, y por eso precisamente es necesario que se declare su simulación a fin de que desaparezcan los efectos que aparentemente está produciendo y se restituya la verdad jurídica entre las partes o respecto de terceros.

7—Si un deudor ejecuta un acto simulado y el acreedor que tenía tal carácter en ese momento demanda la simulación, aquél debe demostrar que en su patrimonio existen bienes suficientes para pagar la deuda, con el fin de desvirtuar la acción incoada.

8—Atenido el intérprete a la definición que el Código y la doctrina dan del incidente en el proceso, no puede considerar como tal la ejecución de la condena en abstracto, desde luego que no es una cuestión incidental suscitada en el curso del juicio, que requiera decisión especial antes de la

sentencia definitiva. Cuando la liquidación motivada y especificada se presenta, solicitando al Juez que la apruebe, ya ha terminado el juicio que reconoció el derecho a obtener el pago de perjuicios o frutos. Siendo así, la actuación se lleva a cabo fuera del juicio de condena en abstracto y con posterioridad a él. Por lo tanto, el auto que ordena dar traslado de la liquidación, es la primera providencia dictada en ese asunto judicial, y la notificación de él debe hacerse personalmente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 312, 314 y 317 del Código Judicial, según el caso. El cumplimiento de una condena en abstracto es una súplica ante el Órgano Judicial, y, en general, la primera providencia recaída a una súplica debe notificarse personalmente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil a) — Bogotá, febrero veintinueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por documento privado suscrito en Carnicerías (Huila) el 1º de abril de 1941, José María Andrade dio en aparcería a José Vicente Salazar un predio rústico. El contrato debía regir desde el 15 de septiembre de 1940 hasta el 15 de septiembre de 1943, pero apenas corrido un año de su vigencia, Andrade vendió el inmueble a terceros por la suma de cuatro mil trescientos pesos. Salazar entabló demanda en juicio ordinario para que se obligara Andrade a pagarle: Primero. La suma de ochocientos pesos en que estimaba el valor de los frutos y productos que dejó de recoger durante los años que faltaron para la terminación del contrato celebrado con Andrade; y Segundo. El valor que a juicio de peritos alcanzaron las mejoras y los gastos que había hecho en la finca materia del contrato de aparcería. En sentencia del Juzgado Civil del circuito de Gigante, ejecutoriada el 28 de agosto de 1943, se condenó al demandado a pagar a José Vicente Salazar el valor de los perjuicios, mejoras útiles, frutos y productos que determinarían los peritos. Para que se diera cumplimiento a esta sentencia de condena en abstracto, Salazar presentó al mismo juzgado, diez meses después, la solicitud de liquidación correspondiente, acompañada de una memoria motivada y especificada

que hacía subir el monto de la condena a la cantidad de \$ 9.967.50. A la petición se le dio el trámite establecido en el artículo 553 del Código Judicial, y como la tasación de perjuicios, mejoras, etc., hecha por el mismo demandante no fue objetada, el juez la aprobó. El respectivo auto quedó ejecutoriado el 28 de agosto de 1944.

Pocos días después de proferida la sentencia que condenó a Andrade a pagar una suma ilícita, éste vendió por escritura pública número 449, pasada en la Notaría de Garzón, con fecha 1º de septiembre de 1943, dos fincas raíces denominadas "La Figueroa" y "La Mojarra". El comprador, Misael Pastrana, vendió las mismas fincas a la esposa de Andrade tres meses más tarde, es decir, el 28 de diciembre de 1943, según escritura pública número 770, otorgada en la misma Notaría de Garzón.

Con base en estos antecedentes, el 27 de octubre de 1944 José Vicente Salazar por medio de apoderado instauró demanda ante el Juez Civil del circuito de Garzón para que de conformidad con los trámites de un juicio ordinario se hagan contra José María Andrade, Felicinda Bonelo de Andrade y Misael Pastrana las siguientes declaraciones: Primera. Que es inexistente por simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número cuatrocientos noventa y nueve (499) del primero (1º) de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943) otorgada ante el Notario de Garzón y registrada en la oficina de Registro de este Circuito el veintidos (22) de septiembre del mismo año bajo la partida 582 del libro primero, instrumento en el cual consta el dicho contrato y en el cual se lee que José María Andrade transfiere a título de venta real a favor del señor Misael Pastrana una finca raíz compuesta de dos lotes de terreno denominados "La Figueroa" y "La Mojarra", marcados con los números 6 y 2 respectivamente, en la partición judicial de las tierras de "La Mojarra", ubicada en jurisdicción del Municipio del Agrado, cubierta de arboleda de cacao, pasto cultivado y natural, con casa de habitación de bahareque y palmicha, determinada por los siguientes linderos: (Aquí los linderos). Segunda. Que igualmente es inexistente por simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número setecientos setenta (770) de veintiocho (28) de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943) otorgada ante el Notario de Garzón y registrada en la oficina de Registro de este circuito el veinticuatro de enero del presen-

te año bajo la partida 43 del libro primero, instrumento en el cual el señor Misael Pastrana dice vender a Felicinda Bonelo de Andrade la finca detallada en la anterior petición, basado en la presunta compra hecha por él a Andrade.... Tercera. Que, como consecuencia de las declaraciones de inexistencia por simulación de los contratos a que se hace referencia en las dos primeras anteriores peticiones, se ordene la cancelación de las inscripciones correspondientes a esos títulos en la oficina de Registro del Circuito de Garzón, lo mismo que las anotaciones debidas en las matrículas números 312 y 315 del libro de matrículas correspondiente al Municipio de Agrado. Si las dos primeras declaraciones pedidas anteriormente no prosperasen, solicito entonces que se declaren rescindidas las ventas contenidas en las dos escrituras citadas, la 499 de 1º de septiembre de 1943 y la 770 de 28 de diciembre de 1943, ambas de la Notaría de Garzón, registradas como queda dicho, por haber sido verificadas tales ventas en perjuicio de acreedores legítimos, como lo es mi poderdante, y haberse causado o producido con tales operaciones escriturarias la insolvencia del señor José María Andrade, esto es, que se desate a favor de Salazar la acción del pretor Paulus. Y si no fuere posible decretar la simulación de esos actos, ni la subsidiaria pauliana, en segundo subsidio invoco la nulidad del acto realizado por medio de esas dos escrituras con fundamento en que para tal acto, es decir, para esas escrituras hubo objeto ilícito, hubo causa ilícita, y además consentimiento viciado. Cuarta. Pido la condenación en costas si hay oposición a la demanda presente".

Como hechos de la demanda citó no sólo los que quedaron ya expuestos en calidad de antecedentes, sino los que a continuación se expresan, relativos a los dos contratos acusados por simulación: Primero. Falta de pago del precio y de entrega de los inmuebles en uno y otro caso, hasta el punto de que el primitivo vendedor ha conservado en todo momento la posesión y usufructo plenos, ha seguido denunciándolos como de su propiedad en las declaraciones de Renta y Patrimonio, y pagando los impuestos y las deudas de todo orden que los gravan: Segundo. Disminución del patrimonio de Andrade, por virtud de la venta aparente, que lo deja sin bienes para responder de los efectos de la sentencia proferida contra él con días de anterioridad al primer contrato simulado.

Misael Pastrana no contestó la demanda ni ac-

tuó en forma alguna en el pleito, y su fallecimiento, ya avanzada la primera instancia, lo puso en conocimiento del juez la parte actora después de ejecutoriado el auto de citación para sentencia. José María Andrade y su esposa Felicinda Bonelo dieron respuesta al libelo por medio de apoderado, manifestando no constarles los hechos relativos al incumplimiento del contrato de aparcería y a la sentencia de condena al pago de perjuicios y mejoras. Y negaron que los contratos de compraventa, celebrados por ellos con Misael Pastrana hubieran sido simulados.

A nombre de José María Andrade fue presentada en seguida demanda de reconvencción. En ella se pide que se declare nulo el auto aprobatorio de la liquidación de perjuicios, y nula la actuación practicada con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia de condena en abstracto, porque esa liquidación de perjuicios, frutos y mejoras no podía hacerse en la forma establecida por el artículo 553 del Código Judicial. Subsidiariamente solicita que se declare errónea y carente de causa tal liquidación, y que en consecuencia se ordene su correspondiente revisión. Los fundamentos de la contrademanda son, en síntesis: Según el certificado del juez del circuito de El Gigante traído a los autos por el demandante principal, la sentencia que condenó a José María Andrade a pagar perjuicios quedó ejecutoriada el 3 de septiembre de 1943. En consecuencia, el juicio correspondiente quedó terminado en esa fecha, pues el artículo 198 del Código Judicial dice que la primera instancia del juicio se surte desde que se inicia éste hasta que quede ejecutoriada la sentencia del inferior, en el caso de no ser apelada. Siendo así, a cualquier actuación nueva que tuviera como causa ese negocio no se le podía aplicar el artículo 322 del Código Judicial, que se refiere al caso de que un juicio haya estado en suspenso o paralizado por más de seis meses. Por lo tanto, el auto del Juez de El Gigante, fechado el 11 de julio de 1944, que ordenó dar traslado de la liquidación presentada por el apoderado de Salazar, debió notificarse personalmente al demandado. Se trataba de un juicio breve sobre liquidación de perjuicios y la notificación debía hacerse en la forma prevista por el numeral 1º del artículo 312 del mismo Código.

Por no haberse hecho la notificación personal y por no haber intervenido para nada el demandado en aquel juicio breve, la actuación del juzgado carece de valor. No se sabe, pues, cuál es

la cuantía de los perjuicios y por consiguiente el actor no está en condiciones de probar si el demandado carece de bienes suficientes para pagar el valor real de los perjuicios. La acción de simulación en tales condiciones no puede prosperar, ya que el interés jurídico del acreedor que la intenta no está demostrado.

Por otra parte, la sentencia condenatoria dispuso que la tasación de los perjuicios debía hacerse por medio de peritos. Y para cumplirla no se procedió así.

Durante el término para alegar los demandados y contrademandantes a la vez, propusieron la excepción perentoria de petición antes de tiempo.

El demandante se opuso a las peticiones de la reconvencción y formuló las siguientes excepciones: Declinatoria de jurisdicción, petición antes de tiempo y de modo indebido, y cosa juzgada. Las tesis expuestas para sustentarlas se resumen así: La acción de nulidad y la subsidiaria de revisión son estrictamente personales y los jueces no pueden invadir territorio que no les corresponda sino cuando se trate de acciones reales o de dominio. El contrademandado es vecino del Municipio que no pertenece al circuito del Juez que conoce del negocio. Según la regla segunda del artículo 152 del Código Judicial, de las acciones personales conoce el Juez del domicilio del demandado, y éste, en el presente caso, no prorroga la competencia. La sentencia de condenación en abstracto está en firme y la ejecución no es más que un incidente anexo al mismo juicio dentro del cual se dictó aquella; por consiguiente, para promover la liquidación no se requiere demanda separada ni es procedente su trámite en juicio distinto. La ley no dispone en parte alguna que el auto por el cual se ordena dar traslado de la liquidación, se notifique personalmente (arts. 312 y concordantes del C. J.). Por el contrario, manda que se notifique por estado; pero si ocurren las circunstancias previstas en el artículo 322, entonces la notificación debe hacerse por edicto, como se hizo, según consta en el juicio. Y la providencia por la cual se aprobó esa liquidación, que es el objeto de la demanda de nulidad, por ser un auto interlocutorio conforme al artículo 553, se notificó conforme al 310 del citado Código Judicial. “La declaratoria de nulidad se pide dentro del juicio y se sustancia y decide como una articulación”. (art. 456 ibidem). Solamente cabe por la vía ordinaria cuando la parte “no fue legalmente notifica-

da o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio” (art. 457 ibidem)”.

Fallo de primera instancia

El Juez del conocimiento consideró probada la excepción de petición antes de tiempo, propuesta por los demandados. A su juicio, como “la parte resolutive de un fallo es la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas emanadas de la sentencia entre las partes”, según ha dicho la Corte, al ejecutarse la sentencia que condenó a Andrade en forma distinta a la ordenada, es decir, sin la intervención de peritos, la sentencia no produjo sus efectos y la cuantía del crédito no quedó debidamente establecida. En tales condiciones, la acción fue propuesta antes de que pudiera calificarse a Andrade de insolvente y de que, por tanto, se hubiera consolidado en el demandante el derecho para intentarla.

Por otra parte, el juez no halló fundamento alguno a la contrademanda ni a las excepciones propuestas para enervarla. Considerando que en la sentencia de condena en abstracto no se dispuso fijar en juicio separado el valor de los perjuicios y mejoras útiles, fue de parecer que no era necesario iniciar nueva causa para darle cumplimiento, y que con este objeto bastaba darle aplicación al artículo 553 del Código Judicial. Estimó que no obstante haberse prescindido de la intervención de peritos para practicar la liquidación, ésta fue aprobada conforme a las ritualidades de la ley, y que la revisión es improcedente por no tener cabida dentro del ordenamiento procesal.

En conclusión, fueron absueltas las partes de los cargos formulados en la demanda y en la contrademanda.

Segunda instancia

Ambos apoderados apelaron. El Tribunal estimó que la simulación de los contratos atacados en la demanda se halla plenamente probada con la confesión de todos los demandados; que está suficientemente acreditado el interés jurídico del demandante para intentar la acción de nulidad, y que de no estarlo, la destrucción de los efectos de aquellos contratos se impone en consideración a la ilicitud de causa y objeto, puesta de manifiesto en los autos. Admitió, pues, el Tribunal la tesis del demandante de que los contratos de venta celebrados entre José María Andrade y Mi-

sael Pastrana y entre éste y Felicinda Bonelo de Andrade, son en realidad un solo acto encaminado a producir la insolvencia de Andrade para burlar un derecho actual de sus acreedores, y a transferir bienes entre esposos no divorciados, contra expresa prohibición de la ley.

Respecto a la demanda de reconvencción, el Tribunal expuso los siguientes conceptos: "El Título XV, Libro 2º del Código de Procedimiento Civil está consagrado a enseñar la manera de cumplir y ejecutar los fallos judiciales. Su articulado establece la necesaria diferencia, que precisa observar, según la naturaleza del juicio en que se dicten y las prestaciones deducidas a cargo de cada una de las partes litigantes. Así, el artículo 550 contempla el caso de que sea necesario seguir otro juicio para hacer efectivo el derecho reconocido. El ejemplo típico de este evento sería el juicio ejecutivo cuando la condena se expresa en cantidad líquida. El artículo 551 da reglas para cuando la sentencia deduce una obligación de entregar cosa mueble o inmueble, y el artículo 552 prevé el caso de oposición por terceros; "el 553 adopta un procedimiento especial, de tramitación breve, para fijar en cantidad líquida lo que deba pagarse, por razón de frutos, perjuicios u otra cosa semejante, cuando en la sentencia que condena en estas prestaciones no se fija la cuantía de las mismas (Palabras de la comisión de la Cámara, revisora del proyecto que es hoy el Código de Procedimiento Civil). Las normas trazadas por el legislador en el referido art. 553 son muy claras: "Si en la sentencia se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios, u otra causa semejante, la parte favorecida, al pedir el cumplimiento del fallo, hace una liquidación motivada y especificada, de la cual se dá traslado a la contraparte por el término de cinco días. Si la liquidación no es objetada, el Juez dicta auto aprobatorio de ella; si es impugnada, se abre el incidente a prueba por el término de quince días, vencido el cual, el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado. "El auto en que el Juez aprueba la liquidación o la regule, es apelable como interlocutorio y presta mérito ejecutivo". "El doctor Barreto López, apoderado de la parte favorecida con la sentencia, al pedir su cumplimiento, se ajustó a este mandato legal, y el juez al ordenar el traslado de la liquidación hecha por él también obró de conformidad con su letra y con su espíritu. Si el demandado no usó de su derecho de objetar la estimación del actor, dentro del tér-

mino concedido por la ley, tácitamente le dio su aceptación, y la consecuencia obligada de su silencio fue el auto aprobatorio que la confirmó. No era óbice para esta aprobación el hecho de que la sentencia hubiera dicho que el justiprecio de los perjuicios, el de las mejoras y los frutos de las fincas se llevara a cabo por peritos; en primer lugar porque este ordenamiento no puede interpretarse en sentido contrario al de la ley, es decir, como una excepción de sus mandatos, y con fuerza suficiente para desconocerlos; ésto implicaría un conflicto en que la sentencia llevaría la peor parte. En segundo lugar, porque al estudiar ambos términos, esto es, el mandato legal y el judicial, con criterio desprevenido y mirando solamente al interés que persiguen las normas del derecho, se llega a la conclusión de que tal oposición no existe, pues que si el demandado Andrade hubiera objetado la liquidación, habría provocado con ello un incidente que el Juzgado tenía que sustanciar abriéndolo a prueba por el término de quince días, dentro de los cuales se habría llenado la formalidad de hacer los respectivos avalúos por medio de peritos, no para sujetarse en un todo al dictamen de éstos, sino para que el juez hiciera fijación de las mentadas prestaciones "en vista de lo alegado y probado", como lo dispone el inciso 2º copiado. La culpa de no haberse llenado estas formalidades pesa, pues, sobre el demandado Andrade, y no sería lícito que esa culpa le viniera a servir ahora de fundamento para atacar la liquidación tantas veces mencionada, pues ello equivaldría a consagrar las omisiones voluntarias como fuente del derecho y de las obligaciones correlativas. Se ha invocado como excusa para no haber impugnado oportunamente la liquidación de marras, la circunstancia de que el auto de traslado de la misma no fue notificado personalmente al obligado, lo que en concepto del señor apoderado de Andrade constituye causal de nulidad de la actuación cumplida para ejecutar la sentencia en la forma ya conocida, pues equivale a falta de citación o emplazamiento, conforme al ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial. Ni la parte contraria, ni el Juzgado le dieron validez al argumento por considerarlo extraño a la cuestión debatida. La Sala, por su parte, encuentra que evidentemente las disposiciones procedimentales citadas en apoyo de la tesis enunciada, no encajan dentro del marco de la circunstancia en que se han desarrollado las actividades de las partes y del Juez. El

artículo 553 no ordena que la notificación del auto del traslado de la liquidación deba ser personal. Las reglas del artículo 312, no son aplicables, porque ya en el caso de autos, no se trata de conferir traslado de la demanda con que se inició el juicio; ni la actuación sobre ejecución de la sentencia con la cual terminó éste, constituye otro juicio; ni hay disposición especial que prevenga la notificación personal, fuéramos del artículo 322, para el caso de que el juicio haya permanecido en suspenso por más de seis meses, cuyos términos son: "Cuando un juicio ha estado paralizado o en suspenso por más de seis meses, la primera resolución que se dicte en él debe notificarse personalmente a todos los litigantes que se hallen en el lugar del juicio; pero si pasados tres días no han sido halladas las partes o algunas de ellas, se notifica por medio de edicto que dura fijado quince días en la Secretaría del Juzgado, y se publica en el periódico del lugar, o en el oficial del Departamento, Intendencia o Comisaría, y en último caso en el *Diario Oficial*". Aunque, se repite, aquí no se trata de un nuevo juicio, el Juzgado seguramente estimó que dada la circunstancia de haberse presentado la liquidación después de seis meses de ejecutoriada la sentencia, en cuya ejecución se ocupaba, debía aplicarse la disposición transcrita, y no pudiendo verificar la notificación personal del auto de traslado, la hizo por medio de edicto que se publicó en el periódico oficial de este Departamento el 19 de agosto de 1944. Así consta en el certificado expedido por el señor Juez del conocimiento a petición del doctor Ramírez Coronado dentro del término de pruebas del presente juicio (v. f. 13 del cuaderno número 4). Demuestra todo lo anteriormente expuesto, que la acción de reconvencción sobre nulidad de lo actuado en el incidente sobre ejecución del fallo condenatorio de fecha 3 de agosto de 1943, es improcedente y por lo mismo debe rechazarse.

En consecuencia, falló así: 1º Es inexistente por causa de simulación, y por ende nulo, de nulidad absoluta el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 499 de 1º de septiembre de 1943 otorgada ante el Notario de Garzón y registrada en la oficina de Registro de este Circuito el 22 de septiembre del mismo año bajo la partida 582 del Libro 1º, instrumento en el cual consta el dicho contrato y en el cual se lee que José María Andrade "transfiere a título de venta real a favor del señor Misael Pastrana una finca raíz compuesta de dos lotes de

terreno denominados "La Figueroa" y "La Mojarra" marcados con los números 6 y 2 respectivamente, en la partición judicial de las tierras de "La Mojarra", ubicada en jurisdicción del Municipio de Agrado, cubierta de arboleda de cacao, pasto cultivado y natural, con casa de habitación de bahareque y palmicha, por los linderos allí señalados. 2º Es igualmente inexistente por simulado, y en consecuencia NULO absolutamente el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 770 de 28 de diciembre de 1943, otorgada ante el Notario de Garzón y registrada en la oficina de Registro de ese Circuito el 24 de enero del presente año bajo la partida 43 del Libro 1º, instrumento en el cual el señor Misael Pastrana dice vender a Felicinda Bonelo de Andrade la finca detallada en la anterior declaración, basado en la presunta compra hecha por él a Andrade. 3º Cancélese las inscripciones correspondientes a las escrituras mencionadas en los puntos precedentes, en la Oficina de Registro del Circuito de Garzón y las matrículas respectivas. 4º Absuélvase al demandante de los cargos de la demanda de reconvencción. 5º Cancélese el registro de la demanda. 6º No hay lugar a costas".

Recurso

En el recurso de casación que los demandados han interpuesto, formulan contra la sentencia varios cargos, cuyo estudio se hará ordenadamente.

El primer cargo invoca la sexta causal. Se basa en que la sentencia fue proferida en un proceso viciado de nulidad porque no se suspendieron los términos desde el momento en que falleció Misael Pastrana, uno de los demandados, y éste quedó sin representación, pues no dejó apoderado y no se hizo saber a los herederos que podían seguir interviniendo en el juicio. Dice el recurrente que Misael Pastrana formaba con Andrade y su esposa una misma parte en el pleito, y que por tal razón cualquiera de los litigantes que constituyen la parte desintegrada puede alegar la nulidad. En apoyo de sus tesis extracta los conceptos de la Corte que en seguida se reproducen: "La Ley no autoriza la anulación del proceso en relación con uno solo de los litigantes que componen una de las partes, bien sea la demandante o la demandada. Y ello se explica fácilmente: si se admite que determinada actuación es nula en lo que respecta a uno solo de los componentes de la misma parte, se rompería la unidad

de la relación procesal con evidente perjuicio del método que debe presidir la actuación y del natural engranaje que se presume en los componentes de cada grupo de contendientes. (G. J. Tomo 49, página 903). Lo que la ley ha querido, es que en el caso del artículo 370 no se actúe en perjuicio de un litigante que por no tener representación después de su muerte no pueda hacer valer sus derechos, ni defenderse, según el caso, y el Juez debe suspender los términos al tener conocimiento de la defunción por las noticias que se le den de ella por interesados, o lo que es posible que no 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 en el juicio, lo actuado es nulo. (G. J. Tomo 43, pág. 127)".

Se considera:

Según el inciso 6º del artículo 520 del Código Judicial sólo hay lugar a casación cuando en el curso del juicio se ha incurrido en alguna de las causales de nulidad taxativamente señaladas en el artículo 448 ibidem. De acuerdo con el texto del ordinal 2º del artículo 370 del mismo Código, los litigantes que ahora acuden en casación han debido exigir al juez del conocimiento que suspendiera la actuación mientras no hiciera saber a los herederos del codemandado que se dice fallecido que podían seguir interviniendo en el juicio una vez presentada la prueba de la defunción. El derecho de pedir la declaración de nulidad del juicio por ilegitimidad de personería o indebida representación, o falta de citación o emplazamiento, corresponde en forma tan exclusiva a la parte en cuyo favor se ha establecido, que no es permitido su ejercicio ni aún a su litis consorte.

El cargo se rechaza, pues, porque la falta de citación o emplazamiento y la nulidad consiguiente no pueden alegarla sino el interesado mismo o sus herederos como continuadores suyos, y no los codemandados o litis consortes.

Segundo cargo

El segundo cargo acusa la sentencia de haber violado, por errónea interpretación, el artículo 2488 del Código Civil. En esta parte de su alegato el recurrente inserta párrafos de la sentencia de segunda instancia con el objeto de demostrar que el Tribunal atribuyó al demandante suficiente interés jurídico para atacar los contratos de compraventa materia del pleito, cuando no te-

nía a su favor y en contra de Andrade sino un título de acreencia en abstracto, pues los contratos de compraventa impugnados se celebraron meses antes de reconocerse el valor concreto o la cuantía exacta del crédito. Y como a juicio del recurrente, para que un acreedor pueda ejercer la acción persecutoria del artículo 2488, el título que establece la obligación personal debe ser claro, expresar una cantidad líquida y existir así en el momento en que el deudor enajene sus bienes, el Tribunal erró en la interpretación de tal artículo al pretender que apoyado en él pueda alegar interés jurídico en los actos dispositivos del deudor, el acreedor que ostente apenas una acreencia por valor indeterminado, eventual o de futuro.

Se observa:

En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que el interés jurídico del acreedor indispensable para demandar la declaración de nulidad o de simulación de un contrato celebrado por su deudor con un tercero, debe ser actual y hallarse protegido por la ley. Y al hablar de intereses protegidos por la ley, ha expresado que por tales "deben entenderse no solamente aquellos concretados en derechos actualmente exigibles, como sería una deuda de plazo vencido, sino también aquellos constituidos por derechos claros y concretos aun cuando no sean actualmente exigibles...". (G. J. Tomo 47, pág. 65).

El Tribunal encontró probado en el juicio que hubo fraude concertado entre los contratantes Andrade-Pastrana-Bonelo, y daño causado al demandante como dueño de un crédito contra el ficto vendedor, a quien el contrato simulado dejaba en incapacidad de pagar sus deudas.

En concepto de la Sala, en el caso propuesto el demandante tenía ya contra el demandado un derecho claro y actual cuando éste celebró el contrato de venta aparente, impugnado en el presente juicio. No puede remitirse a duda que al quedar ejecutoriada la sentencia de condena a pagar una suma ilíquida, el favorecido con ella adquirió *ipso facto* el carácter de acreedor. La claridad y concreción del derecho de que ha hablado la Corte en el párrafo de la sentencia transcrita, invocada por el recurrente en apoyo de sus pretensiones, ni se aplicara al caso en examen estaría satisfecha con la sola presentación de la sentencia de condena en abstracto. Puesto que el interés jurídico necesario para instaurar con éxito la acción de nulidad o la de simulación, lo determina la calidad de acreedor que ostente el de-

mandante en el momento de instaurar la demanda, su personería debe ser reconocida si presenta la prueba de la obligación. El valor exacto del crédito es factor adjetivo y subalterno que no hace su aparición en el proceso sino cuando el deudor demandado arguye que conserva bienes suficientes para pagar; y el vendedor aparente no intentó siquiera demostrar en este juicio su capacidad de pago. El título que establezca una obligación personal debe expresar una cantidad líquida cuando se pretenda hacerlo valer en juicio ejecutivo. Un crédito por suma indeterminada no presta mérito ejecutivo por no tener el requisito de ser líquido; pero esto no significa que no exista y que no sea actual. El mismo interés jurídico asiste al titular de una acrencia de plazo no vencido que al beneficiario de un crédito por cuantía indeterminada, para pedir la invalidación de un acto o contrato de su deudor, realizado con fines fraudulentos. Entre las acrencias a plazo no vencido no tienen por qué ocupar inferior situación las que nacen a virtud de una condena judicial que no determine su valor o cuantía. Si bien éstas no dan mérito para el cobro ejecutivo mientras no se cumpla el requisito de la liquidación que ha de precisar su valor, es indudable que le proporcionan a su titular medios legales para protegerlas contra maniobras dolosas del deudor.

Como el artículo 2488 da al acreedor de toda obligación personal un derecho general de prenda sobre el conjunto de los bienes del deudor, y de conformidad con lo expuesto, el derecho del demandante en este negocio no es eventual o de futuro sino cierto y actual, incorporado ya a su patrimonio, no estuvo mal aplicado el referido texto legal al caso en cuestión.

Se rechaza el cargo.

Tercer cargo.—El tercer cargo se encamina a demostrar que la sentencia violó los artículos 1741 y 1766 del Código Civil, y el artículo 29 de la Ley 50 de 1936. Dice el recurrente que no quedó demostrada la existencia de **contraestipulación alguna** que destruyera totalmente los contratos cuya nulidad por simulación ha pedido el actor en este pleito, y que al decir el Tribunal que Felicinda Bonelo no tuvo la intención de comprar “sino de aceptar el traspaso que gratuitamente le hacía el esposo Andrade”, estimó que en tales contratos había una simulación relativa. Simulación relativa que a juicio del recurrente no tuvo por objeto disfrazar una donación, como lo afirma el fallador, sino otros convenios, a los cuales

se refiere Misael Pastrana y Felicinda Bonelo en dos pasajes de la absolución de posiciones a que fueron sometidos, y que en seguida se transcriben. Pastrana: “Voy a hacer una relación de lo ocurrido para contestar mejor esta pregunta: En alguna ocasión se me presentaron en mi casa los esposos Andrade-Bonelo a decirme que en la compra y permuta hecha con los señores José y Manuel Méndez Lozada no se había hecho figurar a la señora y que ella era la que había introducido mayor capital; que consultado el abogado para subsanar la dificultad, éste les había dicho que lo indicado era vender las fincas y pasarle la parte que le correspondiera a la señora, que si a mí me parecía podíamos celebrar un negocio en que yo quedara con la opción de compra en definitiva por determinado tiempo, y que si no se verificaba ese negocio por alguna circunstancia le devolvería la escritura. En la escritura se hizo aparecer la operación como compra al contado y firmamos el documento privado en que se hacía constar la deuda de mi parte y la opción respectiva. Transcurridos unos pocos meses comprendí que el negocio no me convenía y entonces, lo hice saber a Andrade, éste consultó con su abogado y éste fue de concepto que podía yo hacerle la escritura a la señora Bonelo de Andrade sin que tuviera reato de conciencia. Así se hizo, y el documento de que hablo fue cancelado”. Felicinda: “El objeto de esas escrituras era para entregarme lo mío, pues yo hice la permuta de la finca San José por las de José Méndez, pues mi marido no era dueño de la finca San José”.

De las anteriores declaraciones deduce el recurrente que las compraventas se limitaron a disimular un contrato de opción de compra, uno de mandato de Andrade a Pastrana y otro de subrogación de bienes entre Andrade y su mujer. Cualquiera que fuese, pues —agrega— la naturaleza de los convenios verdaderos, no hay prueba de que entre las partes se hubiera contraestipulado en secreto nada capaz de suprimir o destruir totalmente lo manifestado en las cláusulas del contrato aparente. El demandante impetró la simulación de los contratos de venta afirmando que allí había un fingido traspaso de bienes con el objeto de que Andrade quedara en apariencia insolvente ante sus acreedores, y esto significa para el recurrente que aquél aseveró la existencia de un pacto entre Andrade y su mujer destinado a suprimir o destruir los efectos de los contratos aparentes o sea su simulación absoluta. Y como en su concepto lo demostrado y recono-

cido en el juicio fue la celebración de varios convenios, distintos pero no opuestos a los ostensibles, quedó probada simplemente una simulación relativa si bien acepta el recurrente que existe, hacía imperiosa la absolucón de los demandados por no haberse pedido en la demanda. No habiendo hecho el demandante petición alguna contra la donación oculta que halló el Tribunal, por otra parte, no podía declararla nula oficiosamente, como lo hizo. (Del razonamiento del recurrente se deduce que la violación de los textos legales citados en este cargo, se debió a aplicación indebida de los mismos).

Se considera:

La Sala, advierte que obra con amplitud de criterio al entrar en el examen de este cargo. El recurrente no ha precisado el concepto en que considere quebrantados los textos legales, y ha omitido así una de las condiciones fundamentales que la técnica de casación exige para que la demanda de la sentencia del Tribunal pueda ser estudiada. Como ésta puede ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea, es indispensable concretar el sentido en que los textos legales pertinentes hayan sido vulnerados para que la Corte logre configurar conceptualmente el pensamiento del recurrente sobre el particular y determinar la órbita en que debe quedar circunscrito el debate.

Del estudio de las piezas pertinentes del expediente se deduce con certeza que el actor en este pleito impetró en las dos primeras peticiones la declaración de simulación absoluta y en la segunda subsidiaria la de nulidad absoluta de ambos contratos por tener objeto y causa ilícitos. Y se advierte claramente también que el propósito que le atribuyó a la simulación fue el de que Andrade apareciera como insolvente para eludir el pago de su obligación (hechos 8 a 10 de la demanda). En el alegato de primera instancia manifestó el demandante: "El traspaso de Andrade a Pastrana y de éste a la señora de Andrade, dos etapas de un mismo proceso o proyecto, son aparentes, simulados, y apenas constituyen la careta jurídica que se quiso poner al traspaso directo de Andrade a su esposa, con lo cual se obtenía que al ir a ejecutar a Andrade éste no tenía patrimonio alguno y la señora bien podía, según la legislación vigente, alegar la exclusiva propiedad de los bienes existentes, por haberlos adquirido en compra directa y de un tercero dentro del nuevo régimen de bienes en el matrimonio, según

el cual cada cónyuge es dueño exclusivo de lo que adquiriera; además, se obviaba la grave dificultad de la prohibición legal, castigada con nulidad absoluta, de traspasos de bienes entre cónyuges. Para estas peticiones principales con su consecuencial de la cancelación de las inscripciones en el registro, y con base en las pruebas que logré preconstituir, tenía la acción de simulación, consistente en solicitar que se declare que no hubo tal ánimo de Andrade de transferir realmente a Pastrana sus bienes, sino que lo único que lo impulsó a otorgar esa escritura número 499 de 1º de septiembre de 1943, ante el Notario de Garzón, fue la idea y el propósito de salir por el momento de sus bienes, pero para que a los pocos días don Misael pasara a cabeza de doña Felicidad los mismos bienes. Y como el acto oculto, que es el traspaso del esposo a la esposa no podía realizarse por expresa prohibición legal, ocurre aquí el caso perfecto de la simulación que se debe decretar, ya que tanto el aparente como el oculto tras de esa apariencia son injurídicos. Ni fue real el dicho traspaso escriturario de A. a B. y de B. a C., ni la intención que se disfrazó era posible legalmente. Luego, está plenamente configurado el fenómeno de la simulación". (Folio 109 y v.). "Y hasta aquí tiene el señor Juez dos caminos: el principal, o sea la declaratoria de existencia por simulación, para que las cosas vuelvan al estado que tenían antes, esto es, que nuevamente queden en cabeza de José María Andrade sus bienes, porque su ánimo no fue venderse los al señor Pastrana sino que éste sirviera de intermediario para pasárselos a su esposa, y esto no es posible; o el primeramente subsidiario, es decir, que si los traspasos tantas veces dichos fueron reales y lícitos, la ley quiere que los derechos de José Vicente Salazar no queden al descubierto y sin garantía, y como el deudor Andrade queda sin bienes para responder, es preciso que se vuelvan atrás esas ventas para garantizar al acreedor. 3º Pero aceptemos que los traspasos fueron reales y lícitos y que, por tener bienes Andrade, otros bienes, no fuera posible acceder ni a la simulación ni a la rescisión; está el segundo subsidio, la nulidad por objeto y causa ilícitos y por consentimiento viciado. Muy poco argumento requiere este pedimento porque por simple norma de orden público jurídico está el juez en la obligación de decretar de oficio la nulidad producida por un objeto ilícito, por una causa ilícita o por la omisión de requisitos esenciales que las leyes prescriben para la validez de

ciertos actos; y hay objeto ilícito en todo lo contrario al derecho de la Nación y las leyes. Y ya se dijo que las enajenaciones entre cónyuges son nulas absolutamente" (folios 110 y 110 v.). "Señor Juez: la finalidad de la acción es la declaratoria de simulación de los actos escriturarios realizados por José María Andrade y tendientes a sacar los bienes de su poder para pasarlos a nombre o cabeza de su esposa. El hecho escueto es ese: hacer pasar, mediante las escrituras atacadas, y con la intervención necesaria de un tercero o testafierro, los bienes de nombre de José María Andrade a nombre de su esposa Felicinda Bonelo de Andrade; y eso fue lo que se realizó, y eso es lo que yo estoy atacando. En la demanda digo claramente que el hecho de la simulación tuvo dos etapas para su cumplida realización, y que son inseparables como partes de una misma cosa". (F. 117 v.).

De lo dicho hasta aquí, aparece claramente que la acción incoada por el demandante en las peticiones principales fue la de simulación absoluta, tendiente a obtener que se declaren sin valor legal alguno los contratos aparentes por haber tenido el único objeto de producir una ficticia insolvencia de Andrade y no existe por tanto voluntad real de transferir el dominio de los bienes en forma seria.

Para el recurrente, el Tribunal consideró que existía una simple simulación relativa y como ésta no fue objeto de la demanda, se extralimitó al declararla. En tal afirmación estructura este cargo.

Sin embargo, a pesar de que existe confusión en la redacción del fallo del Tribunal, la Sala considera que su pensamiento quedó suficientemente claro en el sentido de que estimó que los contratos aparentes no tuvieron más objeto que producir la insolvencia ficticia de Andrade haciendo figurar como salidos de su patrimonio bienes que en verdad le pertenecían y seguían perteneciendo. Por eso dice textualmente en párrafo que sintetiza su opinión y está transcrito por el mismo recurrente:

"No queda, pues, la menor duda, en vista de las afirmaciones contenidas en las piezas preinsertas hechas por las tres personas que intervinieron como contratantes en el otorgamiento de las escrituras referidas números 499 de 1º de septiembre de 1943 y 770 de 28 de diciembre del mismo año, de que las declaraciones estampadas en dichos instrumentos no correspondían a la realidad del pensamiento de los otorgantes, pues

ni Andrade tuvo intención ni voluntad de transferir el dominio de sus bienes a Pastrana, ni éste la intención de hacerse dueño de ellos, como tampoco fue su ánimo venderlos a Felicinda Bonelo, ni ésta tuvo el de comprarlos, sino aceptar el traspaso que gratuitamente le hacía el esposo Andrade".

El último renglón del párrafo. transcrito, lo hace valer el recurrente como si de él se dedujera que el Tribunal consideró que existía una simulación relativa, o sea una donación en lugar de venta. Pero la impertinencia de tales palabras no afecta el conjunto del párrafo que es suficientemente claro, y para la Sala se repite, no hay duda acerca de que el Tribunal encontró que existía una simulación total por falta de voluntad de transferir el dominio, y tal apreciación se deduce del conjunto de la sentencia.

Tiene razón el recurrente al decir que la simulación absoluta es muy distinta de la relativa, y así lo ha reconocido siempre la jurisprudencia.

La simulación absoluta tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico de mera apariencia, sin ninguna realidad, porque simultáneamente con él se celebra un acto oculto, una contra-estipulación válida por medio de la cual se destruyen totalmente los efectos del acto ostensible. La simulación no es *per sé* motivo de nulidad. (Ver Tomo 63 de la GACETA JUDICIAL, pág. 1045). La simulación relativa consiste en alterar parcialmente las estipulaciones o en encubrir los efectos jurídicos de un acto real que las partes han querido celebrar, con otro realizado sólo en apariencia. El acto oculto cambia la naturaleza jurídica del aparente pero no destruye sus efectos; v. gr., si el ostensible es una compraventa y el oculto una donación, éste modifica la naturaleza del primero pero no destruye sus efectos porque la transferencia del dominio, que es el fin realmente buscado, queda en pie. Tratándose de la simulación relativa, la acción legal correspondiente no tiene el fin de obtener la declaración de nulidad del acto aparente sino la prevalencia del oculto, para que una vez descubierto se declare su validez o su ineficacia, con aplicación de las reglas generales pertinentes. Tanto en la simulación relativa como en la absoluta el acto aparente carece de valor no porque se halle viciado de nulidad, sino porque así lo han acordado las partes secretamente. Otra cosa es que el acto secreto llegue a ser inválido por tener un vicio esencial de forma o de fondo. (Ver Tomo 60, GACETA JUDICIAL, página 998).

Una vez que el demandante demuestre el carácter ficticio del contrato aparente, la declaración de simulación de éste es imperativa. Entonces, si el mismo demandante ha alegado la existencia de pacto secreto que deje vigentes los efectos esenciales del acto ostensible, o el demandado lleva al juicio la prueba de tal contraestipulación, se estaría en presencia de una simulación relativa que obligaría al juzgador a pronunciarse sobre tal contrato secreto examinando entonces su licitud o ilicitud conforme a los pedimentos de las partes, o de oficio en el caso de encontrar en forma manifiesta una nulidad absoluta en el mismo acto o contrato.

Pero si el demandante no ha pedido que se haga valer el contrato oculto, ni el demandado ha demostrado su existencia; la simple prueba de simulación del contrato aparente deja a aquél sin efecto alguno ya que ni siquiera es el caso de entrar a considerar la existencia de un hipotético pacto secreto con el cual pueda configurarse la simulación relativa. En el caso presente, se tiene además que la pretendida donación alegada por el recurrente, no puede presumirse, de acuerdo con el artículo 1450 del Código Civil; por ende, la falta de su prueba impide considerarla como el contrato verdadero que entre el demandado Andrade y su esposa se hubiera querido realizar. Y esa prueba falta porque lo que resulta de las confesiones de Pastrana y de la señora de Andrade es que en los contratos acusados no hubo intención de transferir ni de adquirir el dominio a título de compraventa, y porque la modificación que agregaron, consistente —según Pastrana— en que existió un contrato de opción, y —según la señora de Andrade— en que se trataba de una subrogación, no aparece acreditada en forma alguna en el proceso, correspondiéndole a los interesados suministrar la prueba sobre esas modificaciones, la que no produjeron.

Como se está, pues, en presencia de una simulación absoluta, y no de una relativa, no se violaron por el Tribunal los textos legales señalados por el recurrente.

Cuarto cargo.—El cuarto cargo se formula por violación directa del artículo 2º de la ley 50 de 1936, de los artículos 6º y 1852 del Código Civil, y del artículo 6º de la ley 28 de 1932.

Razona así el recurrente: Fue a través del debate como el Tribunal llegó a descubrir que los contratos de compraventa celebrados entre Andrade, Pastrana y la Bonelo disimulaban una donación o traspaso gratuito de bienes hecho por

Andrade a su mujer. Según ha dicho la Corte, la nulidad manifiesta de que trata el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 debe aparecer de bulto en el mismo acto o contrato, en forma tal que no sea susceptible de interpretación ni de discusiones, sino que se imponga como una verdad inconcusa a la mente del juzgador. También ha dicho la Corte que la nulidad manifiesta en el mismo acto o contrato no puede declararse de oficio sino cuando entre las partes contratantes haya disputa sobre la efectividad o cumplimiento del contrato, ya que los actos absolutamente nulos no pueden vincular jurídicamente a las partes, y el fallo debe negar esa vinculación. En la presente controversia no se discute entre los contratantes la efectividad de las prestaciones pactadas en los correspondientes contratos de compraventa, pues un tercero extraño a los mismos es quien los ataca. Por los anteriores motivos, al declarar de oficio la nulidad de los aludidos contratos, el Tribunal violó el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, los artículos 6º y 1852 del Código Civil y el artículo 6º de la Ley 28 de 1932. (De lo expuesto deduce la Sala que la violación de los textos citados la atribuye el recurrente a su aplicación indebida).

Se considera:

Después de citar jurisprudencia de la Corte relativa a la distinción entre la acción de simulación y la de nulidad o inexistencia del acto o contrato, y la que existe entre simulación relativa y absoluta, el Tribunal acoge la tesis de la identidad entre la petición de inexistencia de un contrato y nulidad del mismo, y concluye con estas palabras: "Así, pues, las súplicas de la demanda para que se declaren inexistentes los contratos de marras, deben interpretarse en el sentido de que lo demandado es la declaración de nulidad absoluta de ellos por causa de simulación... El nombre con que (el demandante) haya querido designar su intención exteriorizada en la súplica de la demanda y en los hechos denunciados, es lo de menos".

Tiene razón el Tribunal cuando dice que la demanda debe interpretarse en forma científica, buscando el claro sentido de las peticiones y sin detenerse en el simple significado literal de las palabras utilizadas por el demandante. La Corte en muchas ocasiones ha dicho que debe primar sobre el alcance literal el sentido claro y preciso que se deduzca del contexto del libelo, y así ha admitido que se trata de acción de simulación la ejercitada en demandas en las cuales se ha-

blaba de nulidad pero de cuyo contenido aparecía sin duda alguna que se estaba sosteniendo la existencia de un contrato aparente o simulado.

Pero otra cosa muy distinta sucede con la conclusión a que llegó el Tribunal, para declarar la inexistencia por causa de simulación y por ende la nulidad absoluta de los contratos contenidos en las escrituras públicas números 499 de 1º de septiembre de 1943 de la Notaría de Garzón y 770 de 28 de diciembre de 1943 de la misma Notaría. En este punto sí estuvo desacertado el Tribunal, pero no porque en realidad estuviera haciendo una declaración de nulidad ajena a las peticiones de la demanda, como lo pretende el recurrente, sino porque le dio a la acción de simulación el sentido que le asignaba la antigua jurisprudencia de la Corte, conforme a la cual las acciones de nulidad y simulación se asemejaban. Es decir, de acuerdo con dicha jurisprudencia, el contrato simulado era nulo por causa de la simulación. De ahí que el Tribunal, fundándose en ella, y al llegar a la conclusión de que los contratos referidos eran simulados, procedió a declararlos "inexistentes por causa de simulación y por ende nulos".

Mas, como se deduce de lo dicho, en el fondo el Tribunal se limitó a resolver favorablemente las peticiones principales de la demanda para que se declarara la simulación absoluta de los contratos contenidos en tales escrituras. Sólo que le dio a tal acción el alcance que durante un tiempo le asignó la jurisprudencia. No existe, por consiguiente, extrapetición ni falta de consonancia con lo pedido en la demanda, sino una equivocada interpretación de la acción de simulación.

La jurisprudencia de la Corte hace bastantes años que rectificó la confusión existente al identificar las acciones de simulación y de nulidad o inexistencia, para dejar como algo perfectamente claro, que se trata de nociones distintas con su propio y definido sentido jurídico. El contrato simulado no es necesariamente nulo; por el contrario, cuando simplemente se trata de disimular una declaración de voluntad, sin que existan objeto ni causa ilícitos, el contrato aparente no es nulo. La nulidad puede aparecer como consecuencia de vicios del consentimiento o de objeto o causa ilícitos o de falta de solemnidades de ley, exactamente como para cualesquiera otra clase de contratos. E igualmente, el contrato oculto no es inexistente, porque ha habido voluntad de celebrarlo y con él se producen los efectos que las partes han querido producir. El con-

trato ostensible existe, y por eso precisamente es necesario que se declare su simulación a fin de que desaparezcan los efectos que aparentemente está produciendo y se restituya la verdad jurídica entre las partes o respecto de terceros.

Del examen de las pruebas de la demanda llegó el Tribunal a la siguiente conclusión: "No queda pues la menor duda en vista de las afirmaciones contenidas en las piezas preinsertas, hechas por las tres personas que intervinieron como contratantes en el otorgamiento de las escrituras referidas número 449 de 1º de septiembre de 1943 y 770 de 28 de diciembre del mismo año de que las declaraciones estampadas en dichos instrumentos no correspondían a la realidad del pensamiento de los otorgantes...". Los contratos en mención no son ciertos, son una mera ficción, una simulación de los fines que se proponían los supuestos contratantes. Andrade no vendió nada a Pastрана ni éste vendió nada a Felicinda Bonelo; la simulación es patente, y habría lugar a declarar la inexistencia demandada de los respectivos contratos, si resultara que la acción se ha intentado por quien tiene interés en ello, para acatar así los términos de la ley sustantiva...".

Lo transcrito demuestra suficientemente que el Tribunal, como atrás se dijo, quiso declarar la simulación absoluta de los contratos aparentes, pero empleó la equivocada redacción ya examinada como consecuencia de aplicar la vieja y revaluada doctrina de la Corte sobre la materia. En este sentido es el caso de corregir los puntos primero y segundo del fallo del Tribunal, para en ellos limitarse simplemente a declarar la simulación de los contratos.

Es cierto que el Tribunal, llevado por la equivocada doctrina sobre simulación que aplicó al caso, creyó que la nulidad absoluta de los contratos debía declararla aún de oficio y como consecuencia de una interpretación amplia de las dos peticiones principales de la demanda, a pesar de que en ellas simplemente se pide la declaratoria de simulación.

Ya se vio cómo en el fondo el Tribunal quiso declarar la simulación, pero le dio el alcance equivocado de nulidad e inexistencia por aplicar la vieja y errada doctrina al respecto. De manera que no era el caso de recurrir a hacer oficiosamente declaraciones de nulidad, porque de ésta no se trataba, sino simplemente de fallar sobre las claras peticiones de simulación formuladas en los puntos principales de la demanda. Esta apreciación errada del Tribunal no tiene

por tanto incidencia en el fallo, pero con el simple propósito de corregir el desacierto teórico de pretender que se puede decretar de oficio una nulidad absoluta aun cuando no aparezca de manifiesto en el acto o contrato ni sobre su efectividad litiguen quienes lo realizaron, la Sala sintetiza cuanto ha dicho ahora la Corte sobre el particular en diversos fallos: "De acuerdo con esas disposiciones, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato". "Luego una nulidad que no aparece de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que da lugar a dudas acerca de su existencia, bien por razón del aspecto legal, bien por lo que atañe a sus antecedentes de hecho, no es manifiesta y sobre ella carece el juez de facultad para pronunciarse". "El vocablo 'MANIFIESTO' según la significación que le asigna el diccionario de la Real Academia Española, es lo que está al descubierto, patente y claro. Lo que no ofrece motivo de discusiones. Luego la nulidad absoluta sólo será manifiesta cuando basta para deducirla tener a la vista el acto, como la compraventa de bienes raíces celebrada por documento privado, o una donación efectuada para asegurar la comisión de un hecho delictuoso estipulada así en el título. (Casación, 10 de octubre de 1938. G. J. número 1941, página 238)". "Una nulidad absoluta y de la clase a que se refieren los artículos 15 y 2º citados, es decir manifiesta, en el sentido ya expresado, no puede declararse de oficio sino cuando entre las partes contratantes se está litigando sobre la efectividad o el cumplimiento del contrato y entonces como por un principio de orden público los actos absolutamente nulos no pueden vincular jurídicamente a las partes, el fallador niega esa vinculación por medio de la declaratoria oficiosa de nulidad. Quiere esto decir que ni el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 ni el 2º de la Ley 50 de 1936 son de una aplicabilidad irrestricta e ilimitada". (Tomo 47, G. J., pág. 66).

De otra parte, el ejercicio de la acción de simulación por el demandante es perfectamente lícito, ya que su interés jurídico para tales efectos quedó plenamente demostrado con la prueba de su carácter de acreedor insatisfecho y del beneficio que para él representa el reintegro al patrimonio del deudor demandado del bien simuladamente transferido por éste con el fin de producir su insolvencia. Como antes se dijo, si los demandados hubieran establecido en el juicio la

capacidad de pago de José María Andrade, habría podido hallarse la falta de interés jurídico en el actor; pero como al respecto se guardó absoluto silencio, no habiéndose contradicho en forma alguna la insolvencia alegada, el ejercicio de la acción de simulación aparece como perfectamente lícito.

Según lo manifestado por la Corte en numerosas ocasiones, si un deudor ejecuta un acto simulado y el acreedor que tenía tal carácter en ese momento demanda la simulación, aquél debe demostrar que en su patrimonio existen bienes suficientes para pagar la deuda, con el fin de desvirtuar la acción incoada.

La Corte ha dicho: "Así pues, si un deudor ejecuta un acto simulado, pero se demuestra que no obstante esa simulación dentro de su patrimonio existen bienes suficientes para pagar sus deudas, el acreedor no podría entablar la acción de simulación por lo mismo que el acto simulado, en el caso puesto como ejemplo, no menoscaba su interés protegido por la ley. En resumen: Un acreedor posterior al acto tachado de simulación que ejecutó su deudor, carece de personería para entablar la acción de simulación (Casación, 15 de julio de 1933, XLI, 459, 28 de mayo 1935; XLI, 25, 30 noviembre de 1935. XLIII, 401, 26 agosto 1938. XLVII, 64, 15 febrero 1940, XLIX, 71, 27 junio 1941, LI, 601, 17 septiembre 1941, LII, 386, 10 septiembre de 1942. LIV bis, 66, 10 agosto 1943. LVI, 40, 10 junio 1948, 386. 10 septiembre 1942. LIV-bis 66. 10 agosto 1943. LVI, 40. 10 junio de 1948, LXIV, 442. 30 noviembre 1948. LXIV, 814.

"Hasta el año de 1924 no reconoció personería la jurisprudencia a los acreedores para iniciar la acción de simulación o de nulidad, como se calificaba en ese entonces. De manera que el acreedor estaba siempre en todo caso imposibilitado legalmente para acusar de simulados o nulos, como se decía en ese tiempo, los actos de su deudor que pudieran tener ese carácter. Y éste es el primer período jurisprudencial al respecto. El segundo en que la Corte cambió de rumbo y rectificó su doctrina se inicia con la sentencia de 30 de agosto de 1924 (GACETA JUDICIAL, Tomo XXXI, página 104), en la que si por una parte admite el interés para que un tercero pueda demandar o alegar la nulidad de un contrato (hoy simulación), celebrado por su acreedor, no puede derivarse del simple hecho de que el demandante sea acreedor sino que es necesario, no un daño eventual y remoto, sino cierto y actual. Esa doctrina se aclaró y condicionó a ciertos factores co-

mo puede verse en los fallos de la Corte de 28 de mayo de 1935 (GACETA JUDICIAL, XLII, 25), 26 de agosto de 1936 (XLVII, 61), 15 de julio de 1938 y 27 de junio de 1940. Es éste el segundo período jurisprudencial sobre el particular”.

Declarada la simulación de los contratos aparentes y la cancelación de los registros respectivos, quedan vigentes los registros en cabeza del demandado Andrade: y como en consecuencia los bienes vuelven a su patrimonio, no es necesario entrar a examinar la naturaleza y licitud del contrato secreto, cuya prueba no aparece en el juicio y ninguna de las partes ha pretendido hacer valer para ninguna clase de efectos.

En conclusión, resulta que el único error del Tribunal estuvo en darle aplicación a una doctrina equivocada sobre simulación y consecuencialmente haber creído necesario el declarar la nulidad e inexistencia de los contratos por causa de su simulación, lo que consideró del caso hacer aún de oficio; pero como en el fondo se trató de reconocer y declarar la simulación absoluta de los contratos que aparece plenamente probada en el proceso, tal error únicamente da ocasión para las salvedades doctrinarias anotadas y para corregir la redacción de los dos primeros puntos del fallo con el fin de hablar simplemente de que se trata de contratos simulados. Pero esto no alcanza a constituir motivo de casación por no alterarse la sustancia del fallo. NO PROSPERA EL CARGO.

Quinto cargo. El quinto cargo se presenta por violación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, de los artículos 6º y 1852 del Código Civil y del 6º de la Ley 28 de 1932, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

El recurrente lo formula así: “Hemos advertido que el Tribunal vio en las confesiones de los demandados la existencia oculta de una donación o traspaso gratuito de bienes de Andrade a su mujer, disimulado con las ventas aparentes celebradas entre éstos y Pastrana; y ha quedado establecido que las confesiones de Pastrana y la señora Bonelo de Andrade configuran otros contratos ocultos: uno de opción de Andrade con Pastrana, y la subrogación con Felicinda Bonelo. No se configura en esas confesiones la donación o traspaso que dedujo el Tribunal. Pues bien. La unidad del acto con su fin fraudulento que vio el Tribunal por debajo de las ventas aparentes ha quedado rota. Además, tales ocultos no fueron atacados por el demandante. De tal modo que

los errores de hecho y de derecho cometidos por el fallador en la apreciación de las confesiones de Pastrana y de la señora Bonelo de Andrade lo llevaron a violar las mismas disposiciones citadas”.

Se considera:

La prueba del traspaso ilícito la encuentra el Tribunal en la absolución de posiciones a que fueron sometidos los tres demandados. En aquella diligencia José María Andrade confiesa que la escritura suscrita por él como vendedor y Misael Pastrana como comprador, fue simulada, pues al otorgarla tuvo la intención de traspasar el dominio de los bienes a su esposa por conducto de Misael Pastrana. Coincidiendo con Andrade, la esposa de éste y Pastrana declaran en la misma diligencia que ninguno de los contratantes tuvo la intención de comprar o vender y que en ninguno de los dos contratos hubo pago del precio y entrega del inmueble; que Andrade conservó sin interrupción la posesión de él y siguió pagando los impuestos y la deuda hipotecaria que pesaban sobre dicho bien. En la absolución de posiciones no discrepan sino cuando califican el sentido y alcance del convenio privado. Para José María Andrade, fue un acto de confianza destinado a poner en cabeza de su mujer la propiedad del inmueble; para Pastrana fue una opción de compra de la cual no creyó conveniente hacer uso, y para la señora Bonelo de Andrade fue una subrogación.

El demandante en casación no concreta ni trata de demostrar en forma alguna los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las confesiones de Pastrana y de la señora Bonelo. Con la simple transcripción de las respuestas que éstos dieron a dos puntos de un largo pliego de posiciones, da por establecido que tales confesiones configuran contratos de opción y subrogación, pero no se detiene un instante siquiera a exponer las razones por las cuales el fallador no ha debido ver en ellos la existencia de un contrato absolutamente simulado. No basta afirmar que hay errores en la apreciación de las pruebas. Es indispensable demostrarlos, haciendo de ellos el correspondiente análisis. El recurrente está obligado a decir en qué consisten precisamente los errores de hecho o de derecho que cree hallar en el fallo, para que la Corte pueda estudiarlos. No manifiesta el recurrente si los errores de hecho a que se

refiere consisten en no haber tenido en cuenta el Tribunal sino una parte o un aspecto de las confesiones, o en no haber apreciado en absoluto alguna prueba que fuera conducente, o en haber dado por establecidos hechos que no aparecen respaldados en las pruebas, o que están contradichos de modo evidente en otro documento del mismo proceso. La Corte no puede escrutar el pensamiento del recurrente ni ponerse a indagar en un análisis prolijo cuál es la falsa noción de la prueba que debe deducirse de la sentencia, cuando la ley obliga al recurrente a demostrar que en la apreciación de la prueba el Tribunal incurrió en error de hecho, ostensible en los autos.

Tampoco ha expresado el demandante en casación en qué consisten los errores de derecho. La Sala ignora, por lo tanto, a través de qué apreciación y con relación a cuál elemento probatorio se cometieron ellos. El recurrente ha debido indicar con precisión las pruebas que carecen de fuerza para demostrar el hecho básico del juicio, pero que sin embargo el Tribunal admitió como suficientes para confirmarlo; o, al contrario, ha debido señalar aquellas que teniendo valor probatorio completo fueron consideradas por el sustanciador como deficientes, inconducentes o inútiles. Cualquiera que fuese su punto de vista sobre la apreciación de las pruebas, estaba obligado a explicarlo para poner de manifiesto el error del Tribunal y comprobar que a consecuencia de él se quebrantó la disposición legal sustantiva y se produjo un fallo contrario al derecho. La Corte no puede acometer sin la guía del recurrente, el examen de las pruebas, porque no es fallador de instancia, y además, porque el Tribunal tiene autonomía para estimar si una confesión es indivisible o dividua, y para calificar el grado de fuerza que tenga, considerada en relación con otras, sometidas también a su juicio. Objeto de casación sólo puede ser el error de derecho o el error manifiesto de hecho en la calificación de esa prueba debidamente señalado y demostrado por el recurrente, cosa que en este caso no se hizo.

No prospera el cargo.

Sexto y séptimo cargos. — Dice el recurrente que se equivocó el Tribunal al sostener que el procedimiento de liquidación de una sentencia de perjuicios establecido en el artículo 553 del Código Judicial, es un mero incidente del juicio ordinario en donde se dicte la condena. Y expresa que en consecuencia desacertó el Tribunal al opinar que por haber estado el juicio en suspenso desde la ejecutoria de la sentencia de condena

en abstracto hasta la demanda de liquidación, el artículo aplicable era el 322 ibídem, según el cual la notificación del traslado de éste puede verificarse por edicto y publicación, una vez que no sea posible hacérsele personalmente al demandado. Para el recurrente el procedimiento de liquidación de una sentencia de perjuicios en abstracto constituye un verdadero juicio, aunque la ley impropriadamente lo llame incidente. En desarrollo de esta tesis dice que a pesar de que la demanda de ejecución consista en una previa liquidación de los perjuicios, no le quita al procedimiento los caracteres de demanda en sentido técnico, ni al procedimiento su naturaleza de juicio. Por tanto, concluye, el traslado de esa demanda se notifica personalmente al demandado, y sólo cuando no es hallado se le cita por medio de edicto emplazatorio y publicaciones, nombrándosele curador si no comparece, al tenor de lo expuesto en el artículo 317 del C. J. La sentencia, pues, violó el artículo 457 ibídem porque desechó la acción promovida por Andrade en la demanda de reconvencción para obtener que se declare nulo el auto aprobatorio de la liquidación de perjuicios y todo lo actuado en esta liquidación, por falta de citación y emplazamiento del demandado en la forma legal.

Aunque la sentencia de condena en abstracto disponía que los perjuicios se tasaran por peritos, ella contenía implícita la limitación de esos perjuicios a la cantidad de \$ 800, fijada en la demanda por concepto de lucro cesante. La liquidación aprobada rebasó lo pedido por el demandante y lo implícitamente reconocido en la sentencia. Y como la decisión aprobatoria de una liquidación de perjuicios contraria a la sentencia firme de condena, implica una nulidad sustantiva cuya declaración es procedente pedir en juicio separado, el Tribunal ha debido reconocer la razón jurídica de la contrademanda. Por haberla desestimado, violó el artículo 473 del Código Judicial.

Se considera:

Se condena en abstracto o in genere cuando la ley y los autos dan base para declarar que existe la obligación de indemnizar, pero estos últimos no proporcionan al Juez elementos de juicio suficientes para tasar el importe de las prestaciones a que haya lugar. En tal caso, si se trata de condena por perjuicios causados, con dicha sentencia se pone fin a la primera y fundamen-

tal etapa del juicio, la cual ha tenido por objeto desatar la controversia de fondo declarando el derecho y la obligación correlativa entre acreedor y deudor. Pero como el valor de la prestación no queda establecido en el fallo que decide sobre lo principal del pleito, la finalidad del juicio, la que ha de llevarlo a resultados prácticos, no podrá ser alcanzada sino mediante la regulación de la cuantía del crédito.

El artículo 11 de la Ley 39 de 1921, reformatoria del Código Judicial anterior, 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 ejecutarse". Y el artículo 1490 del antiguo Código de Procedimiento Civil expresaba que, "las sentencias pronunciadas en estos juicios son apelables, pero sólo en el efecto devolutivo, y el recurso se sustanciará como las apelaciones de autos interlocutorios". El auto en que se confería traslado de la demanda debía ser notificado personalmente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 105 de 1890.

El artículo 553 del Código Judicial vigente ha venido a reemplazar las disposiciones que acaban de citarse, estableciendo una tramitación muy semejante a la prescrita en el artículo 11 de la Ley 39 de 1921, hoy derogada.

Ya que la comisión redactora del nuevo Código guardó silencio y las actas del Congreso nada dicen en relación con el sentido y alcance de la reforma implícita en el artículo 553, es necesario analizar la naturaleza del procedimiento especial establecido por el referido artículo para deducir si requiere notificación personal la primera providencia judicial dictada en él.

Atenido el intérprete a la definición que el Código y la doctrina dan del incidente en el proceso, no puede considerar como tal la ejecución de la condena en abstracto desde luego que no es una cuestión incidental suscitada en el curso del juicio, que requiera decisión especial antes de la sentencia definitiva. Cuando la liquidación motivada y especificada se presenta, solicitando al Juez que la apruebe, ya ha terminado el juicio que reconoció el derecho a obtener el pago de perjuicios o frutos. Siendo así, la actuación a que da lugar el artículo 553 del Código Judicial se lleva a cabo fuera del juicio de condena en abstracto y con posterioridad a él. Por lo tan-

to, el auto que ordena dar traslado de la liquidación, es la primera providencia dictada en ese asunto judicial y la notificación de él debe hacerse personalmente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 312, 314 y 317 del Código Judicial, según el caso. El cumplimiento de una condena en abstracto es una súplica ante el Órgano Judicial, y, en general, la primera providencia recaída a una súplica debe notificarse personalmente.

Siendo perfectamente claro que el procedimiento establecido en el artículo 553 tiene individualidad propia por sus características especiales, debe interpretarse del modo que más acertadamente responda a las prescripciones del artículo 472 del mismo Código. Como las formas procedimentales son el camino del derecho, la garantía de las partes y la pauta a la cual debe someterse la contienda judicial, ellas no pueden entenderse en forma tal que conduzcan a hacer inefectivo el derecho de defensa consagrado con la categoría de principio fundamental en las leyes. Por consiguiente, el Juez debe aplicarlas con el propósito de no permitir las sorpresas a los litigantes y de impedir así la arbitrariedad. Las reglas del procedimiento tienen que ser interpretadas en el sentido de que la sentencia sea conforme a la ley sustantiva en derecho, y éste es el fin de la jurisprudencia. No habiéndose establecido un término para demandar el cumplimiento de una condena en abstracto, la notificación personal de la primera providencia recaída en la actuación a que dá lugar tal demanda, se impone como requisito indispensable para que se constituya regularmente la relación procesal y el fallo sea la expresión del derecho reconocido.

Está en lo cierto, pues, el recurrente cuando dice que el Tribunal violó el artículo 457 del Código Judicial al desechar la acción del contrademandante para obtener que se declare nulo todo lo actuado en la liquidación de perjuicios.

FALLO

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva proferida el 26 de agosto de 1947, la cual queda así:

1.º.—Revócase la sentencia apelada, proferida

por el juez del circuito civil de Garzón el 6 de agosto de 1946.

2º.—Es absolutamente simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 499 de 1º de septiembre de 1943 otorgada ante el Notario de Garzón y registrada en la Oficina de Registro de este Circuito el 22 de septiembre del mismo año bajo la partida 582 del Libro 1º, instrumento en el cual consta el dicho contrato y en el cual se lee que José María Andrade “transfiere a título de venta real a favor del señor Misael Pastrana una finca raíz compuesta de dos lotes de terreno denominados “La Figueroa” y “La Mojarra” marcados con los números 6 y 2 respectivamente, en la partición judicial de las tierras de “La Mojarra”, ubicada en jurisdicción del Municipio del Agrado, cubierta de arboleda de cacao, y pasto cultivado y natural, con casa de habitación de bahareque y palmicha, por los linderos allí señalados.

3º.—Es igualmente simulado en forma absoluta el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 770 de 28 de diciembre de 1943, otorgada ante el Notario de Garzón y registrada en la Oficina de Registro de ese Circuito el 24 de enero del presente año bajo la partida 43 del Libro 1º, instrumento en el cual el señor Misael Pastrana dice vender a Felicinda

Bonelo de Andrade la finca detallada en la anterior declaración, basado en la presunta compra hecha por él a Andrade.

4º.—Cancélense las inscripciones correspondientes a las escrituras mencionadas en los puntos precedentes, en la Oficina de Registro del Circuito de Garzón y las matrículas respectivas.

5º.—Declárase la nulidad de lo actuado en el incidente de liquidación de perjuicios, frutos y mejoras, tramitado ante el Juez Civil del Circuito de Gigante, a partir de la diligencia de notificación del auto que ordenó el traslado.

6º.—No hay lugar a las demás peticiones de la demanda principal ni a las de la demanda de reconvencción.

7º.—Cancélese el registro de la demanda.

8º.—No hay lugar a costas.

Sin costas en casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de origen.

Alfonso Bonilla Gutiérrez—Gerardo Arias Mejía—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RIBERANIA DE AGUAS DE USO PUBLICO

Adscriben el dominio de las aguas de uso público al Estado, los arts. 4º de la Carta Fundamental y 674 del C. C., que estatuyen en su orden:

“El territorio con los bienes que de él forman parte, pertenecen a la Nación”

“Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Cuando su uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”.

Y concretamente, el art. 677 del C. C., que dispone: “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios”.

Así, por razón del uso que pueden tener los bienes del Estado por los habitantes, son: a) Bienes públicos o de uso público, si éste corresponde a los habitantes, el dominio a la Nación; b) Bienes fiscales, si el dominio ni su uso, no están asignados a los habitantes.

En el grupo a), están incorporados aquellos bienes cuyo uso no está adscrito generalmente a los habitantes, sino a determinadas personas o grupo de personas de acuerdo con la reglamentación que para tales fines imponga el Estado, pero cuyo dominio, en todo caso, pertenece a éste. Caso del uso y goce preferencial de los propietarios riberaños de las aguas de uso público, concedido por el C. C. y reglamentado legalmente por el Estado.

El caso sub iudice tiene que ver directamente con aquel uso preferencial de las aguas públicas por los riberaños, con el alcance de ese derecho. Se trata de averiguar si dada la naturaleza de bienes de uso público que tienen los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, puede in-

vocarse en esta materia de aguas, protección de los derechos adquiridos, con base en estipulación contractual en que el adquirente de una zona riberaña, con el fin de convertirse en usuario preferencial de las aguas, y con las consecuencias jurídicas y legales que tal acto implica, puede a su vez obligarse a ceder o suministrar agua suficiente para los predios del cedente de aquel uso y goce y que ha perdido la condición de riberaño.

Los arts. 892 a 894 del C. C. fijan los derechos y obligaciones de los dueños de predios riberaños en cuanto al uso y goce de las aguas de propiedad del Estado. A este derecho de uso y goce, la doctrina y la jurisprudencia le han asignado el carácter de un derecho real “sui generis”, su titular no tiene más que la facultad de aprovechamiento exclusivo del uso y servicio de esas aguas, con sujeción a las limitaciones y reglamentación que, para tal objetivo, señala en cada caso la ley, según el art. 678 del C. C.

La jurisprudencia, sobre la doctrina del art. 892 del C. C., ha dicho que el derecho en él consagrado está sujeto, además de las limitaciones del art. 893 ibídem, a estas otras tres: a) Que el uso del agua se limite exclusivamente a los menesteres domésticos e industriales del fundo riberaño; b) Que su uso sea corriente en el sentido de que no se derive sino la cantidad necesaria para atender a esos menesteres; c) Que el agua se tome dentro del predio y se devuelvan los sobrantes al cauce de origen dentro del mismo fundo, con el fin de impedir la completa apropiación por el riberaño, con perjuicio de igual derecho que tienen las heredades inferiores. Si falta alguna de estas condiciones, el uso de las aguas nacionales deberá ser objeto de un permiso especial de la autoridad competente, según el art. 683 del C. C.

Con posterioridad a la vigencia del C.

C., el uso de las aguas públicas ha sido objeto de reglamentaciones especiales, y con este fin se han expedido leyes de ese carácter, entre ellas, la 113 de 1928, que le asigna al Gobierno Nacional la facultad de conceder las licencias a que alude el art. 683 citado, con conocimiento de causa y "sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos en ellas".

"En derecho es necesario distinguir las situaciones subjetivas de las objetivas en todo linaje de fenómenos capaces de engendrar derechos y obligaciones; las objetivas que son las derivadas directamente de la ley aunque nazcan de un acto voluntario que es su causa ocasional y no eficiente, siguen todas las transformaciones legales de tal suerte que los nuevos preceptos modifican las situaciones anteriores a ellas, sin que por esto puedan señalarse como transgresores de derechos adquiridos; las situaciones subjetivas, por el contrario, son las generadas en las manifestaciones individuales de voluntad y provistas de eficacia por ministerio de la ley positiva; en cada contrato, por ejemplo, se crean multitud de situaciones objetivas unas, y subjetivas otras; pertenecerá al primer grupo la posibilidad de cada parte para perseguir en justicia, sobre los bienes de la otra, el cumplimiento del pacto, y al segundo el crédito vencido a favor de un contratante por razón de un convenio; la ley posterior podría sustraer a la persecución del acreedor ciertos bienes de su deudor, pero no podrá vulnerar la situación del acreedor propiamente dicha. Todos los expositores están acordes en que la ley puede modificar o extinguir las situaciones jurídicas originadas al amparo de cualesquiera circunstancias aceptadas por el derecho".

Por otra parte, "la noción de derecho adquirido —la dicho la Corte— estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquéllos hacen parte de nuestro patrimonio. De manera que en último análisis los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones, incluso el estado civil que determina relaciones permanentes del individuo dentro de la sociedad humana".

"En refuerzo de las opiniones de la Corte, acude aquí la circunstancia especial de que la Enmienda de 1936, pone como arquetipo de los derechos adquiridos, al de propiedad. El inciso 4º de la disposición constitucional comentada —hoy art. 30 de la Carta Fundamental— dice cuáles son los motivos para que pueda haber expropiación, es decir, privación de la propiedad, lo que deja entender que el Constituyente quiso referirse a un derecho patrimonial. Si no lo fuera, no hablaría de indemnización. La indemnización no es otra cosa que el pago de la cosa expropiada, valor que ha de compensar la falta de la cosa en el patrimonio del titular". (Sentencia de Sala Plena de 9 de marzo de 1948; G. J., Tomo LXIV, ns. 2060-2061).

La noción de derechos adquiridos que contienen los dos conceptos anteriores, que a primera vista pudieran considerarse contradictorios, en cuanto que el de la Corte parece excluir de la protección del art. 30 de la Constitución Nacional a las situaciones jurídicas subjetivas, pero que en realidad de verdad guardan completo equilibrio, puesto que coinciden en el fondo. En efecto, el criterio de la Corte es el de cobijar todas las situaciones jurídicas, ya objetivas o subjetivas, siempre y cuando que estas últimas estén comprendidas dentro de la idea de propiedad en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. Esto es, que hay situaciones subjetivas aceptadas por la ley que llevan envueltas el concepto patrimonial, una manifestación de propiedad, y en estas condiciones gozan del amparo otorgado por la Constitución a los derechos adquiridos.

Se han traído a colación las anteriores consideraciones, tan sólo con el ánimo de fijar la naturaleza jurídica de la situación de uso y goce de las aguas públicas, con relación al alcance de los convenios celebrados por los propietarios de fundos ribereños teniendo como objeto de esos pactos aquel goce y uso de las aguas de uso público. No sin anotar antes, que el precepto que le sirve de apoyo a la situación jurídica de los derechos adquiridos —30 de la Constitución— habla sólo de derechos civiles, y poniendo de relieve el de la propiedad privada. Estos derechos civiles no son otros que

los de familia, los patrimoniales propiamente dichos, y aquellas situaciones subjetivas nacidas de la ley y de hechos legalmente consumados, en que su relación con la cosa es directa, y de donde nacen manifestaciones de propiedad que dan origen a múltiples situaciones patrimoniales.

Sobre los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, que son bienes de uso público, y como tales pertenecen a la Nación, los particulares tienen su uso y goce, y los riberaños, preferencialmente, para que se les tenga en cuenta antes que a otros. Pero su situación subjetiva no está en relación directa con el objeto —las aguas— sino subordinada a la de propietario del predio riberaño: el dueño no puede disponer del fundo reservándose el uso y goce de las aguas, ni al contrario enajenar este uso y mantener la situación preferencial de propietario riberaño. Su situación ante el uso de las aguas, no es “subjetiva patrimonial”, pues no es más que la de una facultad para poder ser admitido como usuario de las aguas de uso público, supeditada obligatoria y legalmente a la principal de la riberaña. “Es el derecho general de los vecinos de un país, respecto de un objeto concreto, a ser admitidos a las instituciones públicas de aprovechamiento general, y a utilizar sus cualidades de interés individual”.

Y no se diga que el uso preferencial de las aguas produce a los riberaños beneficios económicos, porque si esto es cierto, ello obedece a un fenómeno de repercusión, consistente en el proceso de valorización de las tierras adyacentes a las riberas, igual al que se da con el mayor precio que adquieren los predios con la apertura de una vía de comunicación. Así, “el derecho al uso de la calle no es un bien patrimonial de los particulares, pero determina el aumento del precio de las propiedades vecinas”.

De aquí que la doctrina y la jurisprudencia hayan considerado al derecho preferencial del riberaño al uso de las aguas públicas, como un derecho real “sui generis”, que su constitución obedece a un régimen legal reglamentario, no a declaraciones de voluntad originadas entre los particulares. No es posible concebir jurídicamente que los pactantes se obligaran o comprometie-

ran de antemano y no pudieran de ninguna manera determinar las cláusulas de su convenio. “El individuo que lo ejerce no se encuentra en una situación de derecho privado, sino en una relación reglamentaria de derecho público”. Los derechos reales implican una relación directa entre el sujeto y el objeto del derecho, con exclusión de toda otra persona. Los usuarios de las aguas no están en una situación semejante. En los dos casos se trata de utilizar una cosa material, pero en el primero hay una relación de derecho privado, y en el segundo, el individuo tiene el simple carácter de usuario sometido a los reglamentos de la administración. Su relación con la cosa no es directa, sino sujeta a reglamentos administrativos que emanan del Estado como propietario de las aguas”. Esto es, una situación jurídica dependiente de otra principal: la de propietario de fundo riberaño, de la cual la primera es su efecto inmediato y directo, y no se pueden constituir derechos sobre las aguas de uso público independientemente del fundo para cuyo beneficio se derivan. De donde ha de seguirse, que dada la naturaleza de bienes de uso público que tienen los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales y que atraviesan distintas heredades, no susceptibles de actos de disposición por parte de los particulares, ni de incorporación como derecho patrimonial, no se puede invocar la teoría de los derechos adquiridos en materia de aguas, frente al Estado que tiene su pleno poder de reglamentación.

Hay lo que podría llamarse una “imposibilidad jurídica”, en la imposición de los convenios celebrados entre los particulares sobre el uso y goce de las aguas públicas del Estado: éste es dueño de ellas y su derecho de reglamentación no puede supeditarse por estipulaciones contractuales que sólo pueden tener efectos entre los pactantes.

“Mientras el Estado no haga uso de su derecho de reglamentar el beneficio de las aguas, los particulares riberaños pueden utilizarlas con exclusión de los no riberaños. Mientras exista esta situación de disfrute de las aguas en ausencia de reglamento administrativo, de una manera natural y espontánea. Pero la validez de esta conven-

ción es precaria porque no se puede imponer al Estado que no tiene obligación de tenerla en cuanto en el momento de reglamentar el uso de las aguas".

2—El quebrantamiento de los arts. 593 y 597 del C. J., no constituye motivo de casación de las sentencias. Ellos no contienen sino una regla general que fija al juzgador la forma de dictar sus decisiones, el primero, y la de como deben presentarse las pruebas para su estimación en juicio, el segundo. Su violación no da motivo a la infirmación de los fallos, si no se acusan igualmente por la de las disposiciones pertinentes del mismo Código que establece los medios probatorios y el valor que a ellos asigna la ley, y la de los correspondientes de la sustantiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintinueve de febrero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

La "Empresa Municipal de Energía Eléctrica" S. A., domiciliada en la ciudad de Popayán, adquirió por compra a los señores José Bolívar Mosquera y Josefina Caicedo de Mosquera, "La zona de terreno necesaria para el montaje de una planta hidroeléctrica en los predios o potreros denominados "San Carlos y Santa Catalina"; además se le concedió a la Cía. compradora, "el derecho de tomar de "Río Grande" toda el agua que sea menester, para montar una planta hidroeléctrica, productora hasta de dos mil quinientos caballos de fuerza".

La extensión de la zona cuyo dominio se traspasó a la nombrada Empresa, sería la que resultare del respectivo plano y comprende toda la faja de terreno que debe ocupar la acequia o acueducto, los tanques, los edificios y los demás accesorios.

Igualmente se concedió a la Compañía, el derecho de tomar y utilizar para ella, la piedra, el cascote, la arena y demás productos naturales que existen en los predios de San Carlos y Santa Catalina y en el lecho de Río Grande, el corte de madera, todo "sin menoscabo de los ciervos y seguridad de los respectivos fundos, y de la carretera entre Popayán y Coconuco".

El precio de la venta y de la constitución de los derechos expresados, fue el de veintidos mil pe-

sos (\$ 22.000.00), que los vendedores declaran haber recibido en la forma expresada en la escritura 643 de veintitres de julio de 1927 de la Notaría Segunda del Circuito de Popayán, en la cual constan todas aquellas estipulaciones.

En el mismo instrumento 643, se hizo constar: "es de cargo de la Empresa Municipal de Energía Eléctrica, suministrar a los vendedores Mosquera y Caicedo de Mosquera el agua necesaria para el cómodo y abundante servicio de agua de la casa de la Hacienda de Coconuco y de los potreros de "San Carlos" y "Santa Catalina", ya expresados".

Por la escritura 90 de 26 de enero de mil novecientos veintiocho, de la Notaría Segunda de Popayán, los pactantes del convenio a que se refiere la escritura 643, aclararon este contrato, en el sentido de fijar las zonas de terreno y su extensión, cuyo dominio se había transferido a la Empresa por los señores Mosquera y Caycedo de Mosquera, en la forma que en el primer instrumento se expresa, y en el de "que la zona que el dique y el acueducto ocupan en el predio de La Curtiembre sustituye a la que según la escritura 643 mencionada debían esas obras ocupar en el "Santa Catalina", quedando éste completamente libre de todo gravamen para con la Empresa Municipal de Energía Eléctrica"; y que, "el cierre de la zona de la carretera particular que conduce a la planta lo efectuaría la empresa, pero quedando a voluntad de los vendedores exigir o no dicho cierre, siendo suficiente la simple exigencia para que la Cía. proceda a hacerlo.

La Empresa —se afirma en la demanda— se ha tomado para el edificio de la planta y sus accesorios, más de la media hectárea de terreno que se le vendió, según las escrituras que se dejan citadas; y no ha cumplido con las obligaciones a su cargo; en cambio, los concontratantes Mosquera y Caycedo de Mosquera si han cumplido con las suyas, y aquel incumplimiento les ha originado perjuicios a éstos.

El doctor Mario Tomás Mosquera, adquirió el dominio de la hacienda Coconuco, según las escrituras 493 de 1º de agosto de 1941 y 610 de 30 de julio de 1937, ambas de la Notaría Segunda del Circuito de Popayán.

La Cía., sin derecho para hacerlo, construyó dentro del terreno de San Carlos, al lado del "bocacaz" una caseta, que con el lote cerrado, ocupa una extensión de 100 metros cuadrados más o menos.

Demandó el doctor Mario Tomás Mosquera,

por la vía ordinaria de mayor cuantía, ante el Juzgado Civil del Circuito de Popayán y con apoyo en aquellos hechos, a la Empresa Municipal de Energía Eléctrica S. A., para que con su audiencia y citación, se hicieran estas declaraciones:

“Primera. “La Empresa Municipal de Energía Eléctrica S. A., está obligada a suministrar al propietario de la hacienda de Coconuco, doctor Mario Tomás Mosquera, el agua necesaria para el cómodo y abundante servicio de aguas de la casa de la hacienda de “Coconuco” y de los potreros de “San Carlos” y “Santa Catalina”, en la cantidad y condiciones que resulten demostradas dentro del juicio; **Segunda.**—La Empresa Municipal de Energía Eléctrica S. A., en consecuencia, construirá los abrevaderos y los canales de regadío (en el número que resulte demostrado necesario para el cómodo y abundante servicio de aguas) en los potreros de ‘San Carlos’ y ‘Santa Catalina’ y en la casa de la hacienda de Coconuco, potreros ubicados en el Municipio de Puracé, cuyos linderos generales son los determinados en el libelo: **San Carlos:** ‘Por el Norte y Oriente, el río llamado Río grande, desde su confluencia con el río Cauca, aguas arriba hasta la chamba divisoria con los terrenos de la casa de la hacienda de Coconuco; por el Sur, esta chamba arriba hasta el alto de la loma, y de este punto, una línea recta hasta caer al río Cauca; por el Occidente, el río Cauca, aguas abajo hasta su confluencia con Río grande, punto de partida’. Linderos de ‘Santa Catalina’: ‘A partir de la portada de entrada al pueblo de Coconuco, se toma en dirección occidental, por la cerca que divide el predio de José Dolores Vásquez; luego en la misma dirección, viene a colindar con la cerca que cierra el nuevo cementerio; de este punto, y en la misma dirección, la cerca que cierra el terreno de Paulina Vásquez hasta terminar éste; de este punto, en dirección Norte la cerca que divide con terrenos de los herederos de Rafael Valencia hasta dar al filo de la cuchilla; de este punto, en la misma dirección Norte, hasta dar a la chamba divisoria del potrero de San Carlos; de aquí, en dirección Oriente, por la misma chamba hasta dar a la acequia del molino; de este punto a la agua de esta acequia arriba, en la dirección que lleva, deslindando con las huertas de la casa de la hacienda y con el potrero de El Arado que fue del señor Jorge Iragorri hasta dar a la portada de entrar al pueblo, punto de partida’. **Tercera.**—La Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A. está obligada a cercar conve-

nientemente y por ambos lados la zona o faja de la acequia o acueducto y los tanques y la faja correspondiente al canal de salida del agua desde el tanque hasta el Río grande y la media hectárea correspondiente al edificio y accesorios de la planta y al cierre también por ambos lados de la zona de la carretera particular que conduce de la carretera departamental a la planta. **Cuarta.** La Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A. pagará al propietario de la hacienda de ‘Coconuco’, doctor Mario Tomás Mosquera, la suma de (lo que se fije en el juicio) por concepto del terreno donde está edificada la caseta construida por la Empresa dicha en el ‘bocacazo’ y que ocupa, aproximadamente, cien metros cuadrados. **Quinta.** La Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A. pagará al propietario de la hacienda de ‘Coconuco’, doctor Mario Tomás Mosquera, la suma (lo que se fije en el juicio), por el exceso de terreno tomado sobre la media hectárea vendida para el edificio y accesorios de la planta de conformidad con la escritura 90 de 26 de enero de 1928 de la Notaría 2ª del Circuito de Popayán. **Sexta.**—La Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A., pagará al actual propietario de la hacienda de ‘Coconuco’, doctor Mario Tomás Mosquera, la suma (lo que resulte del juicio), por concepto de los perjuicios ocasionados por no haber cerrado convenientemente la zona o faja de la acequia o acueducto y los tanques y la faja correspondiente al canal de salida del agua desde el tanque hasta el Río grande y la media hectárea correspondiente al edificio y accesorios de la planta y al cierre de la zona de la carretera particular que conduce de la carretera departamental a la planta y por no haber suministrado el agua necesaria para el cómodo y abundante servicio de aguas de la casa de la hacienda de ‘Coconuco’ y los potreros de Santa Catalina y San Carlos. **Séptima.**—La Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A., pagará las costas del presente juicio”.

La entidad demandada, contestó la demanda oponiéndose a sus peticiones, aceptando algunos hechos y rechazando otros. El juez del conocimiento decidió el litigio en sentencia de 28 de noviembre de 1947, así: respecto de las súplicas 1ª, 2ª, 3ª y 6ª, declaró probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo; la cuarta no accede a decretarla; la 5ª declara probada la excepción perentoria de petición de modo indebido y niega la 7ª.

Las partes apelaron para ante el Tribunal Su-

perior del Distrito Judicial de Popayán, corporación que en fallo proferido el 18 de junio de 1948, reformó el recurrido así:

Primero.—Abusélvase a la “Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A.” domiciliada en esta ciudad, de los cargos contenidos en las declaraciones primera y segunda de la demanda presentada por el doctor Jorge Illera Fernández, el 6 de marzo de 1947;

Segundo.—Abusélvase a la “Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A.” de la obligación de pagar perjuicios al doctor Mario Tomás Mosquera por el no suministro de agua para la casa de la hacienda de Coconuco y para los potreros de “San Carlos” y “Santa Catalina”;

Tercero.—La “Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A.”, domiciliada en Popayán, pagará al doctor Mario Tomás Mosquera el valor de ciento treinta y dos (132) metros cuadrados ocupados por la caseta del ‘bocacaz’, de la superficie que exceda de media hectárea, ocupada por los edificios de la Empresa en la hacienda de Coconuco. La cantidad que debe pagarse por este concepto será fijada mediante una articulación;

Cuarto.—La misma Empresa está obligada a concluir las cercas de la zona o faja de la acequia o acueducto y los tanques, y la faja del canal de salida del agua desde el tanque hasta Río grande, de la media hectárea correspondiente al edificio de la planta y accesorios, y de la carretera particular que conduce de la carretera departamental a la planta;

Quinto.—Declarase probada la excepción perentoria de “petición antes de tiempo” respecto al pago de perjuicios por no haberse construido en su totalidad los cierros a que se obligó la “Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A.” y a los que se refiere en el punto anterior;

Sexto.—Confírmase el punto cuarto de la sentencia revisada, relativo al pago de costas; y

Séptimo.—No se condena al pago de costas en esta instancia.

Son, en síntesis, fundamentos del fallo del Tribunal de Popayán y que son objeto de reparos en el recurso extraordinario de casación, los siguientes:

Que los ríos y las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público, en los respectivos territorios, excepto las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad. Artículo 677 del C. C. La Nación, por medio de la Ley 113 de 1928, se reservó el dominio y uso de la fuerza hidráulica que pueda

desarrollarse con las aguas que le pertenecen según el artículo 677 del C. C., así como la facultad de conceder licencias, por el Gobierno Nacional, para sacar los canales a que se refiere el artículo 683 ibidem.

El Gobierno Nacional de acuerdo con la autorización del artículo 13 de la Ley 113 de 1928, expidió el correspondiente Decreto reglamentario número 1381 de 1940, el cual señaló las condiciones generales en que pueden hacerse las concesiones a que aquella ley se refiere.

Preceptúa, dice el Tribunal, el artículo 1523 del C. C. que no puede haber obligación sin una causa real y lícita, y se entiende por tal, el motivo que induce a la celebración del contrato. Disposición que cita como ejemplo de falta de causa la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, para concluir:

“En el caso de autos, si los señores José Bolívar Mosquera y Josefina Caycedo de Mosquera carecían del derecho para conceder licencia o permiso para tomar las aguas de Río grande y la concesión que ellos hicieron sin facultad legal, fue el origen de la obligación contraída por la ‘Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A.’, no puede decirse que la sociedad demandada esté jurídicamente vinculada por aquella obligación. “Además, la empresa está imposibilitada legalmente por las condiciones que el Gobierno Nacional le impuso al otorgarle la licencia para tomar una cantidad determinada de las aguas de Río grande, lo cual implica que al suministrar agua para la casa de la hacienda de ‘Coconuco’ y los predios de ‘San Carlos’ y ‘Santa Catalina’, violaría la ley y ejecutaría un acto ilícito, a lo cual no se le puede obligar”.

En lo atinente a la construcción de canales y abrevaderos, afirma el Tribunal, que ésta es una obligación accesoria de la de suministrar agua, que desapareciendo la principal se extingue la consecuencial. Además, no puede estimarse que esa obligación esté contenida en la expresión vaga e imprecisa empleada en la escritura 643 de 23 de julio de 1927, ya que en la cláusula respectiva, “no se habla de la construcción de abrevaderos y canales de regadío, sino simplemente del suministro de agua”.

En relación con la construcción de cierros, el Tribunal sostiene que se trata de una obligación de hacer contenida en un contrato bilateral y que la Compañía obligada a construirlos no niega su existencia, pero alega que ya la cumplió; si no en forma completa, débese a que en una

sesión de la Junta Directiva, a la que asistió el señor José Bolívar Mosquera, se convino en que éste suministraría los postes y la Empresa el alambre necesario para el cercamiento, hecho que, fue constatado en la inspección ocular practicada en los libros de dicha Empresa. Pero, que como el doctor Mosquera no asistió a dicha sesión, ni aparece que haya aceptado la obligación de suministrar los postes, aquel acto no cambia la situación jurídica de las partes, en este aspecto del debate. Que de la inspección ocular practicada en la primera instancia, resulta cumplida parcialmente la obligación de cercar, y que por tanto, es procedente declarar que la Empresa está obligada a concluir el cerramiento íntegramente de acuerdo con la obligación derivada de la escritura 90 de 26 de enero de 1928.

En cuanto al terreno ocupado por la caseta del "bocacaz", el sentenciador dice que su existencia está demostrada en los autos, que su construcción fue hecha con base en la autorización contenida en la citada escritura 90 de 1928, pero construida fuera de la zona del canal y ocupa una superficie de ciento treinta y dos (132) metros cuadrados, autorización que no implica que la ocupación del terreno pueda hacerse gratuitamente, ni que su pago quedara comprendido dentro de los \$ 22.000.00 pagados por la Empresa a los dueños de Coconuco, como precio de la venta y constitución de los derechos mencionados en la escritura 643. Pero, la discrepancia de los peritos en cuanto al valor de cada metro cuadrado y la falta de datos en lo que se refiere a la mayor extensión ocupada con los edificios de la Empresa, implica la necesidad de dejar para una articulación la fijación del valor definitivo por el exceso de terreno que haya ocupado la Empresa con los edificios de la planta, sobre la media hectárea que le pertenece.

En lo que concierne a la obligación de pagar perjuicios por parte de la sociedad demandada, por los conceptos de no haber cumplido la obligación de suministrar agua para la casa de la hacienda de "Coconuco" y los potreros de "San Carlos" y "Santa Catalina", y, no haber construido los cierros a que se comprometió, el sentenciador afirma:

La obligación de suministrar agua, contraría el derecho del Estado, y la Empresa demandada no puede tomarlas de Río grande para usos distintos del servicio de la planta hidroeléctrica, y por tanto, no hay base legal para declararla responsable de los posibles perjuicios sufridos por

el dueño de la hacienda de "Coconuco" a causa de no haberse cumplido la mencionada obligación. Por otra parte, se trata de una obligación de hacer, sin tiempo determinado para la ejecución de la obra, de tal suerte que, aún en el caso de que la sociedad tuviera la obligación de suministrar agua para los fines y predios indicados en la demanda, para constituirla en mora y exigirle perjuicios se hacía indispensable el requerimiento judicial, y que como no hay constancia de ese requerimiento, no hay base para decretar el pago de perjuicios por ese concepto.

Que en lo que respecta a la construcción de cierros, obligación cumplida parcialmente, ocurre lo mismo que con la anterior, tampoco se fijó plazo para su cumplimiento, y no puede afirmarse que sólo en determinado tiempo o época queda apto para cumplirla, de donde se desprende que mientras no haya constancia del requerimiento judicial, la Empresa no está en mora de satisfacer ese compromiso.

Que de acuerdo con el artículo 1610 del C. C., cuando se trata de una obligación de hacer y el deudor se ha constituido en mora, el acreedor puede pedir, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas: 1º que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2º que se autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor, y 3º que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. Para usar de cualquiera de los derechos antes mencionados, es indispensable, es condición *sine qua non*, que el deudor esté constituido en mora, lo que no ocurre a la sociedad demandada respecto de la obligación de construir la cerca.

El recurso

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Popayán, y sustanciado legalmente como se encuentra éste, se procede a su decisión.

Con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., el recurrente formula a la sentencia varios cargos que se estudian como sigue:

Los cargos primero, segundo y tercero, se consideran por la Sala en conjunto, dada su vinculación y por cuanto la solución que se le dé al primero influye directamente en la de los otros dos.

Primer cargo.—En este reparo se acusa al fallo del Tribunal por, "ser violatorio de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 3º, 6º y

7º de la ley 113 de 1928; de los artículos 677, 683, 892, 893, 894, 918 y 1001 del C. C.; y del artículo 30 de la Constitución Nacional". Su desarrollo consiste en que dada la estipulación contenida en la escritura pública 643 de 23 de julio de 1927, por la cual la Empresa demandada "se obligó a suministrar a los vendedores Mosquera y Caicedo de Mosquera el agua necesaria para el cómodo y abundante servicio de aguas de la hacienda de 'Coconuco', y de los potreros de 'San Carlos' y 'Santa Catalina', al aplicar el Tribunal las disposiciones de la ley 113 de 1928, que entró en vigencia con posterioridad a la fecha del convenio, al caso que se litiga", lo hizo indebidamente y cometió de manera manifiesta error de derecho por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, que lo llevó a violar también el artículo 30 de la Constitución Nacional, que no permite darle efecto retroactivo a las leyes, que sólo rigen con posterioridad a su vigencia", y asimismo violó el artículo 6º de la citada ley 113 de 1928, que garantiza los derechos adquiridos por el propietario riberano sobre las aguas que corren naturalmente por sus predios.

Comenta el recurrente los textos de los artículos 677, 683, 892, 894, 918 y 1001 del C. C., para llegar a la conclusión de que la legislación vigente en la época de la celebración del contrato permitía el uso y goce de las aguas públicas a las personas naturales y jurídicas sobre ellas y que los derechos concedidos a los propietarios riberanos continúa garantizándolos el C. C. con las correspondientes limitaciones, tomando en consideración los derechos adquiridos por prescripción u otro título, que con base en tales disposiciones los señores Mosquera y Caicedo de Mosquera celebraron el contrato a que alude la escritura 643, el cual tiene una causa real y lícita y no ilícita como lo afirma el Tribunal.

Segundo cargo.—Se acusa a la sentencia recurrida por "ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 3º, 6º y 7º de la ley 113 de 1928; de los artículos 677, 683, 983, 984, 918 y 1001 del C. C. y del artículo 30 de la Constitución Nacional, violaciones que provienen de haber incurrido el Tribunal sentenciador en manifiestos errores de hecho en la apreciación de la prueba, escritura número 643 de 1927, y de falta de apreciación de la misma".

Tercer cargo.—Violación de los artículos 1546, y 1513 del C. C., por los mismos conceptos a que se refieren los cargos anteriores, violaciones que

provienen de haber incurrido el Tribunal sentenciador en manifiestos errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba —escritura 643 de 1927 —y falta de apreciación de la misma. Esta acusación consiste en el hecho de haber absuelto a la Empresa demandada de la obligación de pagar perjuicios al demandante, por el no suministro de aguas para la casa de la hacienda de "Coconuco" y para los potreros que la forman, habiéndose comprometido la Empresa en la forma estipulada en la escritura 643, y desde el momento en que ésta no ejecutó la obligación a su cargo, quedó constituida en mora, ya que los contratantes sí cumplieron con las obligaciones a su cargo.

Consideraciones de la Corte:

Que las aguas "de Riógrande" pertenecen a la categoría de las llamadas "aguas públicas o de uso público", es cuestión que no se debate. Así está acreditado en el proceso y las partes reconocen expresamente esta situación; disienten en cuanto a los efectos que pueden producir los pactos celebrados por los particulares con relación al goce y uso de aquellas aguas. Pero, dada la incidencia de este aspecto del problema en la solución del planteado en casación, estima la Sala conveniente hacer algunas consideraciones previas sobre ese aspecto jurídico de la cuestión.

Adscriben el dominio de las aguas de uso público al Estado, los artículos 4º de la Carta Fundamental y 674 del C. C., que estatuyen en su orden:

"El territorio con los bienes que de él forman parte, pertenecen a la Nación".

"Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Cuando su uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales".

Y concretamente, el artículo 677 del C. C., que dispone: "Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios".

Así, por razón del uso que puedan tener los bienes del Estado por los habitantes, son: a) Bienes públicos o de uso público, si éste corresponde a los habitantes, el dominio a la Nación; b) Bienes fiscales, si el dominio ni su uso, no están asignados a los habitantes.

En el grupo a), están incorporados aquellos bienes cuyo uso no está adscrito generalmente a los habitantes, sino a determinadas personas o grupo de personas de acuerdo con la reglamentación que para tales fines imponga el Estado, pero cuyo dominio, en todo caso, pertenece a éste. Caso del uso y goce preferencial de los propietarios riberaños de las aguas de uso público, concedido por el C. C. y reglamentado legalmente por el Estado.

El caso *sub judice*, tiene que ver directamente con aquel uso preferencial, de las aguas públicas por los riberaños, con el alcance de ese derecho. Se trata de averiguar, si dada la naturaleza de bienes de uso público, que tienen los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, puede invocarse en esta materia de aguas, la protección de los derechos adquiridos, con base en una estipulación contractual en que el adquirente de una zona riberaña, con el fin de convertirse en usuario preferencial de las aguas, y con las consecuencias jurídicas y legales que tal acto implica, puede a su vez, obligarse a ceder o suministrar agua suficiente para los predios del cedente de aquel uso y goce y que han perdido la condición de riberaños.

Los artículos 892 a 894 del C. C. fijan los derechos y obligaciones de los dueños de predios riberaños en cuanto al uso y goce de las aguas de propiedad del Estado. A este derecho de uso y goce, la doctrina y la jurisprudencia, le han asignado el carácter de un derecho real "sui generis", su titular no tiene más que la facultad de aprovechamiento exclusivo del uso y servicio de esas aguas, con sujeción a las limitaciones y reglamentación que, para tal objetivo, señala en cada caso la ley, según el artículo 678 del C. C.

La jurisprudencia, sobre la doctrina del artículo 892 del C. C., ha dicho, que el derecho en él consagrado está sujeto, además de las limitaciones del artículo 893 ibidem, a estas otras tres: a) Que el uso del agua se limite exclusivamente a los menesteres domésticos e industriales del fundo riberaño; b) Que su uso sea corriente, en el sentido de que no se derive sino la cantidad necesaria para atender a esos menesteres; c) Que el agua se tome dentro del predio y se devuelvan los sobrantes al cauce de origen dentro del mismo fundo, con el fin de impedir la completa apropiación por el riberaño, con perjuicio de igual derecho que tienen las heredades inferiores. Si falta alguna de estas condiciones, el uso de las aguas nacionales, deberá ser objeto de un

permiso especial de la autoridad competente, según el artículo 683 del C. C.

Con posterioridad a la vigencia del C. C., el uso de las aguas públicas ha sido objeto de reglamentaciones especiales, y con este fin se han expedido leyes de ese carácter, entre ellas, la 113 de 1928, que le asigna al Gobierno Nacional, la facultad de conceder las licencias a que alude el artículo 683 citado, con conocimiento de causa y "sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos en ellas".

"En derecho es necesario distinguir las situaciones subjetivas de las objetivas en todo linaje de fenómenos capaces de engendrar derechos y obligaciones; las objetivas que son las derivadas directamente de la ley aunque nazcan de un acto voluntario que es su causa ocasional y no eficiente, siguen todas las transformaciones legales de tal suerte que los nuevos preceptos modifican las situaciones anteriores a ellas sin que por esto puedan señalarse como transgresores de derechos adquiridos; las situaciones subjetivas, por el contrario, son las generadas en las manifestaciones individuales de voluntad y provistas de eficacia por ministerio de la ley positiva: en cada contrato por ejemplo, se crean multitud de situaciones objetivas unas y subjetivas otras; pertenecerá al primer grupo la posibilidad de cada parte para perseguir en justicia, sobre los bienes de la otra, el cumplimiento del pacto, y al segundo el crédito vencido a favor de un contratante por razón de un convenio; la ley posterior podría sustraer a la persecución del acreedor ciertos bienes de su dador, pero no podrá vulnerar la situación del acreedor propiamente dicha. Todos los expositores están acordes en que la ley puede modificar o extinguir las situaciones jurídicas originadas al amparo de cualesquiera circunstancias aceptadas por el derecho".

Por otra parte, "la noción de derecho adquirido —ha dicho la Corte— estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquéllos hacen parte de nuestro patrimonio. De manera que en último análisis los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones, incluso el estado civil que determina relaciones permanentes del individuo dentro de la sociedad humana.

"En refuerzo de las opiniones de la Corte, acude aquí la circunstancia especial de que la Enmienda de 1936, pone como arquetipo de los

derechos adquiridos, al de propiedad. El inciso 4º de la disposición constitucional comentada — hoy artículo 30 de la Carta Fundamental— dice cuáles son los motivos para que pueda haber expropiación, es decir, privación de la propiedad, lo que deja entender que el Constituyente quiso referirse a un derecho patrimonial. Si no lo fuera, no hablaría de indemnización. La indemnización no es otra cosa que el pago de la cosa expropiada, valor que ha de compensar la falta de la cosa en el patrimonio del titular". (G. J. números 2060 a 2061. Tomo LXIV. Sentencia: 9 de marzo de 1948. Sala Plena).

La noción de derechos adquiridos que contienen los dos conceptos anteriores, que a primera vista pudieran considerarse contradictorios, en cuanto que el de la Corte, parece excluir de la protección del art. 30 de la Constitución Nacional, a las situaciones jurídicas subjetivas, pero que en realidad de verdad, guardan completo equilibrio, puesto que coinciden en el fondo. En efecto, el criterio de la Corte, es el de cobijar todas las situaciones jurídicas ya objetivas o subjetivas, siempre y cuando que las últimas, estén comprendidas dentro de la idea de propiedad en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. Esto es, que hay situaciones subjetivas aceptadas por la ley, que llevan envueltas el concepto patrimonial, una manifestación de propiedad y en estas condiciones gozan del amparo otorgado por la Constitución a los derechos adquiridos.

Se ha traído a colación las anteriores consideraciones, tan sólo con el ánimo de fijar la naturaleza jurídica de la situación de uso y goce de las aguas públicas, con relación al alcance de los convenios celebrados por los propietarios de fundos riberaños, teniendo como objeto de esos pactos, aquel goce y uso de las aguas de uso público. No sin anotar antes, que el precepto que le sirve de apoyo a la situación jurídica de los derechos adquiridos —30 de la Constitución— habla sólo de derechos civiles, y poniendo de relieve el de la propiedad privada. Estos derechos civiles no son otros que los de familia, los patrimoniales propiamente dichos, y aquellas situaciones subjetivas nacidas de la ley y de hechos legalmente consumados, en que su relación con la cosa es directa, y de donde nacen manifestaciones de propiedad que dan origen a múltiples situaciones patrimoniales.

Sobre los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, que son bienes de uso público, y como tales pertenecen a la Nación, los parti-

culares tienen su uso y goce, y los riberaños, preferencialmente, para que se les tenga en cuenta antes que a otros. Pero su situación subjetiva, no está en relación directa con el objeto —las aguas— sino subordinada a la de propietario del predio riberaño: el dueño no puede disponer del fundo reservándose el uso y goce de las aguas, ni al contrario enajenar este uso y goce y mantener la situación preferencial de propietario riberaño. Su situación ante el uso de las aguas, no es, "subjetiva patrimonial", pues, no es más que la de una facultad para poder ser admitido como usuario de las aguas de uso público, supeditada obligatoria y legalmente a la principal de la riberaña. "Es el derecho general, de los vecinos de un país, respecto de un objeto concreto, a ser admitidos a las instituciones públicas de aprovechamiento general, y a utilizar sus cualidades de interés individual".

Y no se diga, que el uso preferencial de las aguas produce a los riberaños beneficios económicos, porque si esto es cierto, ello obedece a un fenómeno de repercusión, consistente en el proceso de valorización de las tierras adyacentes a las riberas, igual al que se da con el mayor precio que adquieren los predios con la apertura de una vía de comunicación. Así, "el derecho al uso de la calle no es un bien patrimonial de los particulares, pero determina el aumento del precio de las propiedades vecinas".

De aquí que la doctrina y la jurisprudencia, hayan considerado al derecho preferencial del riberaño al uso de las aguas públicas, como un derecho real *sui generis*, que su constitución obedece a un régimen legal reglamentario, no a declaraciones de voluntad originadas entre los particulares. No es posible concebir jurídicamente, que los pactantes se obligaran o comprometieran de antemano y no pudieran de ninguna manera determinar las cláusulas de su convenio. "El individuo que lo ejerce no se encuentra en una situación de derecho privado sino en una relación reglamentaria de derecho público. Los derechos reales implican una relación directa entre el sujeto activo del derecho y el objeto del derecho con exclusión de toda otra persona. Los usuarios de las aguas no están en una situación semejante. En los dos casos se trata de utilizar una cosa material, pero en el primero, hay una relación directa de derecho privado y en el segundo, el individuo tiene el simple carácter de usuario sometido a los reglamentos de la administración. Su relación con la cosa no es directa

sino sujeta a reglamentos administrativos que emanan del Estado como propietario de las aguas". Esto es, una situación jurídica dependiente de otra principal: la de propietario de fundo riberano, de la cual la primera es su efecto inmediato y directo, y no se pueden constituir derechos sobre las aguas de uso público independientemente del fundo para cuyo beneficio se derivan. De donde ha de seguirse, que dada la naturaleza de bienes de uso público, que tienen los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales y que atraviesan distintas heredades, no susceptibles de actos de disposición por parte de los particulares, ni de incorporación como derecho patrimonial, no se puede invocar la teoría de los derechos adquiridos en materia de aguas, frente al Estado que tiene todo su pleno poder de reglamentación.

Hay lo que podría llamarse una "imposibilidad jurídica", en la imposición de los convenios celebrados entre los particulares sobre el uso y goce de las aguas públicas al Estado; éste es dueño de ellas y su derecho de reglamentación no puede supeditarse por estipulaciones contractuales que sólo pueden tener efectos entre los pactantes.

"Mientras el Estado no haga uso de su derecho de reglamentar el beneficio de las aguas, los particulares riberanos pueden utilizarlas con exclusión de los no riberanos. Mientras exista esta situación de disfrute de las aguas en ausencia de reglamento administrativo, de una manera natural y espontánea, las convenciones entre los particulares conservan cierto valor. Pero la validez de esta convención es precaria porque no se puede imponer al Estado que no tiene obligación de tenerla en cuenta en el momento de entrar a reglamentar el uso de las aguas. Esas convenciones cuyos efectos se liquidan y destruyen con la intervención del Estado para reglamentar el uso que la colectividad debe hacer de las aguas, tiene pues una existencia limitada en el tiempo de carácter precario, sólo válida entre los contratantes con las consecuencias jurídicas de las indemnizaciones que pueden haber sido previstas. En este caso, la administración pública, entra directamente a operar, a dictar sus reglamentos de aguas, haciendo abstracción de esos contratos que desde ese punto de vista, frente al Estado, no pueden tener existencia".

Todo esto en cuanto hace a los efectos de aquellas convenciones en relación o frente al Estado, pues, con respecto a su valor entre los contratantes,

como ya se ha dicho, ellas han podido tener ejecución antes de la vigencia del respectivo reglamento administrativo, y la situación sería distinta, por cuanto esa aplicación limitada en el tiempo, precaria, bien puede dar nacimiento a obligaciones entre los pactantes, y entonces acarrear indemnizaciones entre ellos.

Planteada así la situación, se llega a las siguientes conclusiones: a) El Estado tiene todo el derecho para reglamentar el uso y goce de las aguas públicas en el momento que lo estime necesario y conveniente para la comunidad, con abstracción de las relaciones contractuales existentes entre los particulares riberanos, las cuales no pueden oponerse, a pesar de su celebración anterior al reglamento administrativo —como constitutivas de derechos adquiridos frente al Estado—; b) Con este pleno derecho, el Estado reglamentó en forma general, por medio de la ley 113 de 1928 y el Decreto 1381 de 1940, el uso de las aguas públicas, quedando comprendidas, como era obvio, las de "Riógrande", sin tener en cuenta la situación contractual existente entre los señores Caicedo de Mosquera, Mosquera y la Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A. de Popayán; c) Dadas las relaciones contractuales existentes entre éstos, establecidas con anterioridad a aquellas reglamentaciones, se creó con éstas una situación de hecho entre los pactantes, que podía dar nacimiento a obligaciones personales entre ellos, por la imposibilidad de la ejecución total del convenio por parte de la Empresa, en presencia de la reglamentación, y dada la gestión que ésta debía hacer para conseguir el permiso del Gobierno Nacional, que aquélla imponía, dentro de la cual debía estar la de que se tuviera en cuenta por éste, la obligación o compromiso contraído en la escritura 643, a favor de los señores Mosqueras. La falta de esta última gestión por parte de la Empresa, originó que el Gobierno no tuviera en cuenta esa obligación al expedirle la respectiva licencia, con lo cual pudo causarle a los señores Mosqueras un perjuicio indirecto, que no podía ser subsanado sino con la correspondiente indemnización compensatoria del beneficio que podía representar el suministro del agua a que se había comprometido la Empresa, de una manera natural y espontánea, antes de entrar en vigencia los reglamentos antes citados.

Pero, otra es la situación de hecho y de derecho del demandante doctor Mario Tomás Mosquera, pues, éste adquirió según reza la escritura 90 de 1941 de la Notaría Segunda del Circuito

de Popayán por venta real y efectiva de la señora Josefina Caicedo vda. de Mosquera: "todos los derechos y acciones de dominio que la vendedora posee en el predio que hoy forma parte de la hacienda de Coconuco, compuesto por la llamada hacienda de Coconuco, potrero de Santa Catalina, potrero de San Carlos". Esto es, que la señora vda. de Mosquera transfirió al doctor Mosquera y éste adquirió, los derechos y acciones de dominio que la primera tenía en el predio de Coconuco en el momento de la venta, mas no el crédito personal consistente en la posible indemnización a cargo de la Empresa demandada, ocasionada por la falta de cumplimiento o de ejecución de algunas de las estipulaciones contenidas en la convención de la escritura 643. Y mal podía quedar comprendida esta cesión en la venta de los derechos de dominio, cuando ya en el año de 1927, la señora viuda de Mosquera le había vendido a la Empresa —escritura antes citada— la zona riberrana, con cuyo acto jurídico adquirió de hecho y de derecho, la Empresa— con los fines de usar y gozar preferencialmente las aguas de Río grande, por lo menos en la parte que esa zona comprende. Más cuando ese uso y goce fue cedido expresamente a dicha Compañía.

Por otra parte, no puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley, cuando el demandante adquirió el predio de que se viene tratando en 1941, cuando ya estaba en vigencia la ley 113 de 1928 y el Decreto número 1381 de 1940, régimen legal que se presume no desconocido o ignorado por el demandante, que obligó a la Empresa demandada a requerir del Gobierno Nacional, en su condición de dueño del fundo riberrano de Río grande, la licencia para el uso y goce de sus aguas, subordinados a las limitaciones que aquél señala. De tal manera que mal podía quedar excluida de la aplicación de la ley y del decreto citados, la constitución del derecho de dominio sobre el predio de Coconuco, en 1941 cuando para esta época estaban en pleno imperio estos regímenes legales reglamentarios.

Las consideraciones anteriores, sirven para rectificar la doctrina del Tribunal de Popayán, en cuanto al concepto de que las estipulaciones contractuales convenidas entre los particulares en relación con el uso y goce de las aguas públicas, son ilícitas y no producen efectos entre los pactantes, cuando en realidad, tal situación no opera sino frente al Estado y en relación con su derecho a la reglamentación, y para rechazar el cargo que desde este aspecto se le hace a la sen-

tencia recurrida, porque él no incide en su parte resolutoria, según las razones que en su debido lugar se expusieron y relativas a la posición del demandante con la obligación de la Empresa demandada sobre suministro de agua a la hacienda de Coconuco y potreros que la integran.

Los reparos segundo y tercero, cuyos resúmenes se dejaron transcritos, están vinculados en forma inmediata con el cargo que se ha dejado estudiado, y en aquel estudio se vio el alcance de la estipulación sobre suministro de agua contenida en la escritura 643 y la apreciación que de tal instrumento hizo el Tribunal sentenciador, puntos éstos que constituyen los resortes principales de estos reparos. La Sala se remite a aquel análisis del cargo primero, y con fundamento en él rechaza los que son motivo de su consideración.

Cuarto cargo.—Está planteado en la forma siguiente: "acusó la sentencia por ser violatoria de la ley sustantiva, por aplicación indebida de los artículos 1608 y 1610 del C. C., por haber considerado que el deudor no estaba en mora de cumplir la obligación".

La impugnación se desarrolla partiendo de la base de que el Tribunal de Popayán declaró probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo, fundándose en que la Empresa demandada no se ha constituido en mora para ejecutar la obligación de hacer las cercas a que estaba obligada conforme a los artículos 1608 y 1610 del C. C. Que tratándose de una obligación bilateral en que la parte demandante cumplió en la totalidad las de su cargo, no así la Empresa demandada, por cuanto dejó de suministrar el agua y de hacer las cercas como se había estipulado, "el Tribunal debió dar aplicación al artículo 1546 del Código Civil, inciso 2º, en cuanto la parte demandante exigió el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. Desde el momento mismo en que, en esta clase de convenciones, una de las partes la cumple en su totalidad y la otra deja de ejecutarla, debe considerarse a la segunda en mora de satisfacer lo pactado".

Que en estos casos, "no puede sostenerse como lo hace el Tribunal, que se necesita término expreso en el contrato para ejecutar la contraprestación o que sea absolutamente indispensable, requisito "sine qua non", el requerimiento judicial, para que haya mora", pues, como lo dice una doctrina de la Corte que transcribe, "precisa atenderse a la realidad de los hechos para que la mora automática se produzca en contra de quien

dejó de ejecutar el contrato y, por consiguiente, está contrariando el derecho de la parte que ejecutó su prestación en la totalidad”.

Se considera:

A la violación de la ley sustantiva, puede llegar el juzgador por dos caminos: directamente, “cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella o en una aplicación indebida de la misma al caso juzgado”; o indirectamente, “cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso por perentorio mandato de la respectiva norma, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haber incurrido el Tribunal, en error de derecho o de hecho que aparezca de manifiesto en los autos”.

La aplicación indebida puede provenir: 1º por aplicación de la ley a una hipótesis distinta de la contemplada en ella; 2º por error de derecho: cuando el Tribunal le ha dado un valor diferente a una prueba del que le ha asignado la ley; y 3º por error manifiesto de hecho: cuando se constata un hecho que no existió o se desconoce uno que existía.

Como se ve, del resumen del desarrollo de este cargo, el recurrente no puntualiza la clase de error en que hubiera incurrido el Tribunal de Popayán —si de derecho o de hecho— ni a través de qué apreciación y con relación a cuál elemento probatorio se incurriera en uno u otro.

Por otra parte, ni aún aceptando la situación de que la Empresa demandada estuviera colocada en uno de los extremos del art. 1608 del C. C., puede estimarse como indebidamente aplicados por el Tribunal, al caso sub-judice, los arts. que cita el recurrente, pues, “no puede afirmarse que por el hecho de estar un deudor en alguno de los eventos señalados en aquella disposición, sea declarado como moroso de manera definitiva. Bien puede suceder que a pesar de que aparente y virtualmente el deudor se considere por ministerio de la ley constituido en mora, haya circunstancias que desvirtuen tal apreciación; en efecto, el deudor puede comprobar que realmente, y no obstante la situación aparente de mora que le desfavorece, no tenía por qué satisfacer esa obligación”. En consecuencia, mal pudo haber indebidamente aplicación al caso controvertido de las dispo-

siciones citadas por el recurrente, y en tal virtud se rechaza el cargo.

Quinto cargo. Se ataca la sentencia por ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los arts. 593, 597, y 730 del C. J., violaciones “que provienen de haber incurrido el Tribunal sentenciador en manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas que obran de autos y de falta de apreciación de las mismas”.

Dice el recurrente: “Sostiene el Tribunal, como queda dicho en el cargo anterior, que era indispensable, para poder demandar perjuicios en contra de la Empresa Municipal de Energía Eléctrica S. A., el requerimiento judicial señalado por el art. 1608 del C. C., ordinal 3º. Que “la exigencia del requerimiento se había cumplido, y que existía prueba en los autos de esta circunstancia, en la diligencia de inspección ocular practicada dentro del término probatorio de la segunda instancia, a solicitud de la parte demandada”.

“Que esta inspección ocular tiene valor de plena prueba de conformidad con el art. 730 del C. J., en cuanto el hecho del requerimiento de la Empresa desde el año de 1932, para el cumplimiento de sus obligaciones”.

“Al no apreciar esta prueba el Tribunal —agrega el recurrente— violó de manera evidente los arts. 593, 597 y 730 del C. J., violación que lo llevó a negar la petición de perjuicios ocasionados al demandante”.

Se considera:

El quebrantamiento de los arts. 593 y 597 del C. J., no constituye motivo de casación de las sentencias. Ellos no contienen sino una regla general que fija al juzgador la forma de dictar sus decisiones, el primero, y la de cómo deben presentarse las pruebas para su estimación en juicio el segundo. Su violación no da motivo a la infirmación de los fallos, si no se acusan igualmente por la de las disposiciones pertinentes del mismo Código que establecen los medios probatorios y el valor que a ellos asigna la ley, y la de las correspondientes de la sustantiva.

Es cierto que el art. 730 del C. J., reconoce el valor de plena prueba a la inspección ocular, pero no lo es menos, que el recurrente “se quedó en el umbral”, por cuanto, no señaló el precepto o preceptos de la ley sustantiva, relativos a la existencia del derecho controvertido, violados

como consecuencia del error en la apreciación de la prueba en que se afirma incurrió el Tribunal.

En segundo lugar, el Tribunal no dejó de apreciar la probanza de la inspección ocular, sino que en presencia de la demostración por el deudor de las circunstancias de que no tenía por qué satisfacer la obligación cuyo cumplimiento se le exigía, optó por reconocer esta situación jurídica.

Es pues, inhábil el cargo y se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justi-

cia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal de Popayán con fecha 18 de junio de 1948.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase y insértese en la GACETA JUDICIAL y en la debida oportunidad devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebollo — Pablo Emilio Mantas — Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas — Hernando Lizarralde, Secretario,

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO—NULIDADES EN MATERIA PROCESAL CIVIL — EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL LAS CAUSALES DE NULIDAD SON TAXATIVAS Y DE INTERPRETACION RESTRICTIVA — LA ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA NO PUEDE SER ALEGADA CON EFICACIA LEGAL POR CUALQUIERA DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN UN LITIGIO JUDICIAL — CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS — EN ESTOS CASOS ES INDISPENSABLE DETERMINAR LA LEY SUSTANTIVA VIOLADA

1—Nuestro Código de Procedimiento Civil, siguiendo en materia de nulidades adjetivas el principio que informa la legislación francesa, de que ninguna diligencia y acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente establecida en la ley, somete los juicios a determinadas causales de nulidad, que son taxativas, es decir, de interpretación restrictiva, en el sentido de que sólo las establecidas por el Código la generan.

Los motivos de nulidad han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, y la falta de citación y emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Tales son las causales señaladas por el artículo 448 del C. J.

2—La ilegitimidad de personería no puede ser alegada con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla, a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en juicio.

3—Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea, o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos (art. 520 del C. J. numeral 1º).

La errónea apreciación de pruebas, como en innumerables fallos lo ha sostenido la Corte, no es por sí motivo de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la violación de la ley.

“El recurso —ha dicho la Sala de Casación Civil— cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones:

“a) El error y su demostración; b) la consiguiente violación de la ley sustantiva, detallada como manda el artículo 531 del C. J.; c) incidencia del cargo sobre la base resolutive de la sentencia”.

Es, pues, indispensable la determinación de la ley sustantiva violada, que configure el derecho del recurrente y que por la indebida apreciación de la prueba, dejó de aplicarse, o se aplicó erróneamente.

4—Si es evidente que el testigo debe declarar siempre sobre hechos precisos, que caigan normalmente bajo el dominio de sus sentidos, también lo es que pueden ser materia de la propia y directa percepción del testigo los hechos indicativos del estado de ceguera en un enfermo, ya porque a simple vista observe que tiene un ojo de vidrio por haberle sido extraído el natural y sustituido por uno artificial, y por haber notado el otro blanqueado y enjuto, y al ejercer sus actividades tal persona, el testigo pudo comprobar que andaba a tientas y como lo hace una persona que carece del sentido de la vista; que necesitaba lazarillo para salir a la calle y, en fin, que en todos sus actos obraba como quien carece de la vista para orientarse y actuar.

5—El error de hecho se presenta cuando, no obstante haberse producido una prueba, no se tiene en cuenta para el fallo, o se to-

ma en cuenta o se tiene como probado un hecho que no ha sido probado; el error de derecho resulta de su discrepancia con el respectivo precepto legal.

6—Sabido es que hay error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen en las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente, en otros documentos del proceso. En otros términos, para que haya esta clase de error en la apreciación de pruebas, es necesario que resulte demostrado de modo evidente de esas pruebas, o de otros comprobantes del proceso, que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero veintinueve de mil novecientos cincuenta y dos:
(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Carlos Julio Montes otorgó testamento abierto ante el Notario Primero de la ciudad de Bogotá, con las solemnidades propias del instrumento de tal clase, efectuado por una persona normal en el goce de sus facultades mentales y físicas, según aparece de la escritura pública 3149 de 10 de octubre de 1938.

Con la afirmación, por base, de que el testador era ciego y que, por consiguiente, ha debido testar con las formalidades indicadas en el artículo 1076 del C. C.; que no podía expresarse claramente para hacer conocer sus disposiciones de última voluntad al Notario y testigos, que éstos no reunían los requisitos exigidos por la ley, ya que uno de los firmantes como tal, era amanuense del funcionario que lo autorizó; que el testamento no fue acto de una sola persona, como lo prescriben las disposiciones sobre la materia; que el mismo testamento ha debido celebrarse en forma cerrada, en razón de que el otorgante no podía expresarse de viva voz; el doctor Rafael A. Montes, como hermano legítimo del testador, siendo mayor de edad y vecino de la ciudad de Bogotá, demanda a los señores “José Ignacio Montes Duque, en su calidad de albacea y heredero del mismo Carlos Julio, y de los señores Antonio José, Pablo Alberto, María Soledad, Cecilia y Ana Montes Fajardo —estas dos

últimas representadas por su madre legítima Rosa Linda Fajardo v. de Montes, Victoria Montes Fajardo, Luz Clara Montes Duque, representada por su madre legítima Soledad Duque de Montes, Gabriel y Margarita Montes Santos, representados por su padre legítimo Arquimedes Montes, Paulina Montero, Ernesto Morales, la Sociedad de San Vicente de Paúl y Luis Enrique y Alfredo Obregón”, como herederos y legatarios de Carlos Julio Montes, para que se declare la nulidad absoluta del memorado acto de disposición de bienes para después de su muerte y, en consecuencia, que son sus herederos abintestato los llamados a suceder, debiéndose ordenar la devolución a dichos herederos de los bienes relictos, con sus frutos. Pide también que se le tenga, sin perjuicio de terceros, como heredero de su hermano y, por último, que en caso de oposición a sus pretensiones, se condene en costas a los demandados.

Corridos los traslados de ley, algunos de ellos los evacuaron, oponiéndose, otros aceptando, y los demás dejaron transcurrir los términos sin haber ejercitado su derecho.

Sentencia de primera instancia

Cumplida la tramitación de primer grado, el Juez del conocimiento, que lo fue el Tercero del Circuito de Bogotá, decidió la instancia con fecha veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, declarando nulo el testamento y disponiendo, en consecuencia, que la mortuoria se liquidara por las reglas de la sucesión intestada, reconociendo al actor Rafael A. Montes, sin perjuicio de terceros, como heredero abintestato del causante y ordenando la devolución a la herencia de los bienes sucesorales y sus frutos, y condenando a los demandados por las costas del juicio.

La sentencia recurrida

Por apelación interpuesta por algunos de los demandados los autos subieron al Tribunal Superior de Bogotá, donde luego de la actuación correspondiente, se puso término al pleito por fallo de diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, en que se confirma en todas sus partes la decisión del inferior, con costas a cargo del apelante.

Considera el Tribunal que, si se buscan los fines que persigue el legislador, es ciego para los efectos del artículo 1076 del C. C., toda persona

que no pueda comprobar por medio del sentido de la vista, la identidad de su voluntad con lo que se halla escrito en el documento que contenga su testamento, y que tal identidad no es posible establecerla, sino leyendo el instrumento antes de firmarlo, o viendo el escrito a que se da lectura en el acto testamentario. La persona que en ninguna de estas dos formas pueda comprobar, mediante el sentido de la vista, la conformidad de su voluntad con lo escrito, debe considerársele ciego.

En el examen de la prueba encaminada a establecer tal circunstancia, es decir, la ceguera del testador, analiza los testimonios de los médicos, doctores Julio Cleves Vargas, Joaquín S. Pinto y Moreno Ferro, presentados por el actor, y el del doctor Barrera, allegado a los autos por los demandados, y otras deposiciones testimoniales, para concluir en los siguientes términos:

“Ante las declaraciones precisas y concordantes de los facultativos Cleves Vargas, Pinto y Moreno Ferro, sobre la ceguera total del otorgante, las que, por otra parte, concuerdan con las de los no profesionales, aducidas en ambas instancias; no aparece opuesta, aun cuando en mínima parte, más que la del doctor Barrera, de la cual se deduce que, en el mejor de los casos, cuando Montes otorgó su testamento apenas tenía una débil sensación de resplandor, puesto que en el mismo acto de estampar su firma tenía que ser ayudado. Esto es lógico, pues si está completamente afectada la parte anterior del ojo, como lo afirma el profesional Barrera, implica tener ante la retina, aun cuando ésta no estuviere afectada, un telón que le impide recibir la imagen de los objetos. El hecho de poder efectuar ciertos actos casi automáticos por su habitualidad, como comer, bañarse, acercarse a los rayos del sol, que indica el doctor Barrera, depende del gran desarrollo sensorial que para compensar la pérdida de la vista surge en los ciegos y que es de todos conocido, tales como la agudización del tacto, del sentido térmico y del de orientación”.

“De modo que la Sala llega a la misma conclusión del Juez de primera instancia, o sea que cuando Carlos Julio Montes otorgó su testamento estaba ciego.

“Lo dicho sobre la ceguera del otorgante, y el hecho de no haberse hecho constar en el instrumento testamentario ninguna de las circunstancias anotadas en el artículo 1076 es suficiente para llegar a la conclusión de la nulidad del mismo”.

En desacuerdo con tal proveído, los demandados interpusieron recurso de casación, lo que dio motivo a que los autos fueran enviados a la Corte, donde el litigio ha tenido la tramitación de rigor; siendo la oportunidad requerida, la Sala pasa a decidirlo.

Los cargos propuestos

Con apoyo en los motivos primero y sexto de los señalados en el artículo 520 del Código Judicial, aduce el recurrente dos cargos contra la providencia en estudio: nulidad del juicio por ilegitimidad de personería en uno de los demandados y violación de ley sustantiva por error de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba. Siguiendo el orden lógico, la Sala inicia su estudio por el último.

a) Nulidad procesal de lo actuado, por ilegitimidad de personería en uno de los demandados, conforme lo establece el inciso 2º del artículo 448 del C. J., la cual proviene:

1º—De haberse demandado a la heredera instituida en el testamento, la menor de edad Luz Clara Montes, representada por su madre Soledad Duque de Montes, siendo así que el ejercicio de la patria potestad radica en su padre, doctor José Fernando Montes.

2º—Que en los hechos de la demanda, ni siquiera se insinúa la falta del padre y la necesidad de que dicha menor estuviera asistida por su madre legítima, habiéndose notificado a ésta la demanda sin que correspondiera su representación legal.

Sostiene que, al tenor del artículo 13 de la ley 45 de 1936, el padre ejerce la patria potestad respecto a sus hijos legítimos, y a falta de éste, la madre. Que no se adujo la prueba de la falta del representante de la menor, para que en su defecto, pudiera asistirle la madre en ejercicio de la patria potestad. Que sólo se trajo a los autos una copia expedida por el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá, donde consta que la señora Soledad de Montes fue nombrada, por ausencia del marido, curadora de sus bienes.

Expresa que no es lo mismo “ausentarse” que “faltár”, para concluir que no cabía la representación de la menor en el juicio, en la forma en que se proveyó.

A su entender, el simple nombramiento de curador de bienes del ausente, no implica la suspensión de la patria potestad. Son éstas medidas de previsión, como remedio inmediato para evitar

perjuicios en los bienes patrimoniales, disponiéndose, además, que si la ausencia continúa, se practiquen las diligencias encaminadas a establecer la presunción de muerte por desaparecimiento.

Tal se deduce —agrega— de los artículos 96 y 97 del C. C. Que robustece su concepto el artículo 1820 del mismo Código, que en su inciso 2º dice que la “presunción de muerte por desaparecimiento” de uno de los cónyuges, disuelve la sociedad conyugal, que sólo en tal caso, cuando el desaparecido es el marido, la patria potestad, por ministerio de la ley, pasa a la mujer. Que no habiéndose traído tal prueba, la madre de la menor no pudo representarla.

Dice también, que cuando se propuso la demanda, no se había concedido la administración de los bienes del ausente a la señora Duque de Montes y que la prueba de dicha administración se trajo extemporáneamente al juicio, pues se presentó en una inspección ocular, que en nada se relaciona con la aludida personería.

Se considera:

Sobre el particular, consta de autos lo siguiente:

a) En la demanda base del litigio, el actor doctor Rafael A. Montes, entre los demandados, designa a la menor Luz Clara Montes, hija del doctor José Fernando Montes y Soledad Duque de Montes. Sin expresar razón alguna, señala a doña Soledad como representante de su hija, y en tal carácter, se surte con ella la notificación y traslado de la demanda.

b) Al pasar al despacho el expediente, para sentencia, el Juez del conocimiento observó, por auto de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, que no obra en el proceso la constancia de que la señora Duque de Montes ejerza la patria potestad sobre su hija y, por consiguiente, ordenó poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad de que trata el numeral 2º del artículo 448 del C. J.

c) Esta providencia fue notificada al apoderado del mayor número de demandados, el cual expresó allanar el impedimento; se notificó igualmente a la señora Duque de Montes, quien guardó silencio. El demandante, por su parte, presentó un memorial y a él acompaña copia expedida por el Juzgado Cuarto del Circuito de Bogotá, en donde consta que, habiéndose demostrado la prolongada ausencia del doctor Montes, el Juzgado había nombrado curadora de bienes del marido a la esposa, y que en tales circunstancias,

era el caso de aceptar como demostrado el hecho de la ausencia del padre, para que pudiera ejercer la madre la patria potestad sobre la menor Luz Clara. También hace presente el memorialista, doctor Rafael A. Montes, que en el expediente aparece igualmente copia de los siguientes documentos: de la partida de matrimonio de los esposos Duque y Montes, la partida de nacimiento de su hija, y copia de la mencionada providencia del Juzgado Tercero del Circuito de Bogotá, donde demostrada la ausencia del marido, se dio la administración de los bienes sociales a su cónyuge.

d) Por auto de fecha treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Juez correspondiente declaró nulo lo actuado, a partir del auto de apertura del juicio a prueba.

Esta providencia fue revocada por el Tribunal y vueltos los autos al Juzgado de origen, después de algunas actuaciones, en que de nuevo se ocurrió al Superior, el Juez puso término al incidente por providencia de veintidos de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, en que declaró nulo de nuevo lo actuado. Recurrido el auto, fue revocado por el Tribunal, quien decidió que, dadas las pruebas presentadas al juicio, la causal de nulidad que se había puesto en conocimiento de las partes el ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, había desaparecido. Notificada tal providencia, regresó el juicio al Juzgado de origen.

Nuestro Código de Procedimiento Civil, siguiendo en materia de nulidades adjetivas, el principio procesal que informa la legislación francesa, de que ninguna diligencia y acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente establecida en la ley, somete los juicios a determinadas causales de nulidad, que son taxativas, es decir, de interpretación restrictiva, en el sentido de que sólo las establecidas por el Código, la generan.

Los motivos de nulidad, ha dicho esta Corte, han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, y la falta de citación y emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio. (G. J. Nos. 1957 y 1958, pág. 554).

Tales son las causales señaladas por el artículo 448 del C. J., y entre ellas se menciona la ile-

gitimidad de personería de uno de los demandados, consistente, en el presente caso, en que en representación de una menor, ha comparecido la madre por ausencia del padre.

En el asunto en estudio, no hay lugar a tal nulidad, por dos razones:

A.—Por haberse resuelto en auto ejecutoriado, como ya se vio, que es legítima la personería de la madre para comparecer en representación de su hija, en quien ejerce la patria potestad, por prolongada ausencia del padre. (Art. 450 del C. J., inciso 1º, y art. 13 ley 45 de 1936).

B.—Porque, como lo tiene resuelto esta Sala, la ilegitimidad de personería no puede ser alegada con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla, a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en juicio. (Pueden verse, entre otros fallos: Tomo 47, pág. 232 y Tomo 56, pág. 34).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

b) Causal primera, artículo 520 del C. J.: error de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba.

Lo hace depender el demandante en casación en el primer caso, es decir, en el error de derecho en que, a su juicio, no le era dable al Tribunal declarar la nulidad del testamento, fundado en que el otorgante era ciego, apoyado simplemente en la prueba testimonial de varios facultativos que examinaron al testador antes de fallecer, y en otros testimonios, sino que, como existía discrepancia en el dicho de tales deponentes y lo expresado al respecto por otro médico, que también tuvo ocasión de tratar al señor Montes, para dilucidar la cuestión, o sea la relativa a la comprobación de hechos que exigen conocimientos o prácticas especiales, ha debido asesorarse el Juez de peritos, conforme lo dispone el artículo 705 del C. J.

Señala como violados, los artículos 705 del C. J., ya citado, por haber considerado viable y conducente la prueba testimonial para establecer hechos que, a su entender, requieren el dictamen de expertos; el artículo 593 del mismo Código, en virtud del cual, toda decisión judicial se ha de fundar en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparece demostrada de manera plena y completa, según la ley, por alguno de los

medios probatorios especificados en el Título 27 del Libro II del C. J., y lo violó, por cuanto la ceguera del testador —cuestión que sólo podrían determinar los facultativos— la dio por demostrada, sin que hubiera oído peritos en la materia.

También indica como violado, el artículo 1055 del C. C., que define qué se entiende por testamento, porque la sentencia —dice— aniquila el otorgado por el doctor Montes, basado en pruebas inconducentes.

El segundo reparo en la apreciación de la prueba, error de hecho, lo apoyó en que “hay inverosimilitud” en lo que sostienen los testigos, tanto profesionales médicos, como quienes no lo son, “porque al paso que un grupo afirma que el testador no tenía ojos, otro grupo afirma que sí tenía los dos, uno de vidrio y el otro natural, “pero en conjunto o blanqueado”, siendo imposible —dice— “discurrir con certeza” cuál de los dos grupos está diciendo la verdad, porque existe contradicción en el dicho de los mismos, ya que unos sostienen que el ojo que le restaba era atrofiado, blanqueado e inútil, otros le dan el calificativo simplemente de blanqueado. Encuentra también contradicción en lo afirmado por el testigo médico oculista, doctor Cleves Vargas, y lo expresado por el profesional doctor Barrera, porque se tuvo en cuenta la misma prueba testimonial, a pesar de que los testigos no dieron la razón de su dicho, ni determinan las circunstancias de tiempo y lugar.

Señala como violados, los artículos 593 del C. J., ya señalado, el 697 del mismo Código, “por cuanto dicho texto exige que, para que haya plena prueba en el dicho de dos testigos, se requiera que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar”; y el 601, también del C. J.

Por último, menciona como infringidos, los artículos 1008, 1009, 1037 del C. J.

Se considera:

Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional, dice el artículo 519 del C. J., pueden ser acusadas por medio del recurso de casación, determinadas sentencias, que el artículo enumera.

Entre los motivos señalados por la ley, en que procede tal recurso de casación, se cuenta: el de ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida, o interpretación errónea.

Si la violación proviene de apreciación errónea,

o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos (art. 520 del C. J., numeral 1º).

La errónea apreciación de pruebas, como en innumerables fallos lo ha sostenido la Corte, no es por sí motivo de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la violación de la ley.

"El recurso —ha dicho la Sala— cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones:

"a) El error y su demostración; b) La consiguiente violación de la ley sustantiva, detallada como manda el artículo 531 del C. J.; c) incidencia del cargo sobre la base resolutive de la sentencia".

Es, pues, indispensable la determinación de la ley sustantiva violada, que configure el derecho del recurrente y que por la indebida apreciación de la prueba, dejó de aplicarse, o se aplicó erróneamente.

En el presente negocio, se citaron como violados, los artículos 593, 601, 697 y 705 del C. J. que, si bien tienen cierta sustantividad en cuanto al valor de la prueba, faltaría la formulación del cargo complementario, coronación de esa labor que poniendo en relación esa errónea apreciación con el fondo mismo del pleito, permitiese estudiar ese fondo, indagar si la sentencia violó, esta o aquella disposición sustantiva, referentes al mismo, y decidir en forma de evitar esta violación, caso de hallarse demostrada.

El recurrente se limitó a indicar como violados, los artículos 705 del C. J., que determinan los casos en que deben designarse peritos para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales; el artículo 593 del mismo Código, que consagra el principio universal de ciencia probatoria, de que toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en la ley. Un precepto de tal naturaleza, contenido de una fórmula general de doctrina jurídica, no da base, ni posibilidad, a la violación legal, que abre el camino al estudio en la casación.

Se cita también el artículo 601 del referido Código, que se encuentra en la misma situación,

y el 697 allí, que indica el valor de la deposición de los testigos hábiles que reúnan los requisitos en tales preceptos indicados.

Cuando se acusa por errada apreciación de pruebas, es necesario citar la disposición civil infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. "La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas —sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho— no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba, es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio**, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (Casación de 16 de junio de 1942, G. J. N° 1986, pág. 640).

Menciona, además, la sentencia el artículo 1008 del C. C., que establece las formas de suceder: a título singular y a título universal; el 1009, que designa la calidad de la herencia en caso de originarse ésta en un testamento, o simplemente en la ley. Disposiciones extrañas a la cuestión debatida: nulidad de un acto testamentario por carencia de determinadas solemnidades.

Se cita, así mismo, el artículo 1037 del C. C., que comporta un precepto de orden general sobre la forma como se ha de reglar la sucesión de quien no dispuso de sus bienes, o no lo hizo conforme a la ley, o no han tenido efecto sus disposiciones, que no determinan un derecho que asista a los recurrentes y que haya sido infringido.

El artículo 1055 del mismo Código define qué se entiende por testamento, y no se ve, cómo pudo ser violado.

La sentencia se funda en que el testador era ciego y en que las solemnidades especiales exi-

gidas por el artículo 1076 del C. C., no se llenaron.

Pero, ni aún admitiendo que el cargo estuviese bien formulado, podría llegar a casarse la sentencia recurrida, por no existir error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas.

El error de derecho en la apreciación de la prueba, lo hace depender especialmente el recurrente en que, tratándose de una cuestión no sujeta a la simple apreciación de los sentidos, sino que se requiere conocimientos especiales, como sería la ceguera del testador, la que no sería dable probarse con simplés testimonios, como lo considera el Tribunal.

Si es evidente que el testigo debe declarar siempre sobre hechos precisos, que caigan normalmente bajo el dominio de sus sentidos, también lo es, que pueden ser materia de la propia y directa percepción del testigo los hechos indicativos del estado de ceguera en un enfermo, ya porque a simple vista observe que tiene un ojo de vidrio por haberle sido extraído el natural y sustituido por uno artificial, y por haber notado el otro blanqueado y enjuto, y al ejercer sus actividades tal persona, el testigo pudo comprobar que andaba a tientas y como lo hace una persona que carece del sentido de la vista, que necesitaba lazarillo para salir a la calle y, en fin, que en todos sus actos obraba como quien carece de la vista para orientarse y para actuar. Son signos externos y síntomas visibles de quien carece de un órgano tan necesario en la vida. Es claro que el origen de la afección, su carácter y desarrollo, no podría determinarse sino por medio de peritos, pero el hecho material de la carencia del sentido, sí pudo establecerse por medio de la prueba testimonial; máxime si los testigos que declaran sobre la carencia del órgano visual en el testador, fueron facultativos que lo examinaron y trataron como especialistas en órganos de los sentidos.

Lo dicho sobre la ceguera en el testador y la circunstancia de no haberse hecho constar en el instrumento testamentario, ninguno de los requisitos anotados en el artículo 1076 del C. C., era suficiente para que el Tribunal declarara la nulidad del testamento, confirmando lo resuelto por el Juez de instancia.

No cabe, pues, el error de derecho, que alega el recurrente, porque bien pudo establecerse la falla visual en el otorgante, en la forma en que se hizo. No era esencial la prueba de peritos.

El error de hecho se presenta cuando, no obstante haberse producido una prueba, no se tie-

ne en cuenta para el fallo, o se toma en cuenta, o se tiene como probado un hecho que no ha sido probado; el error de derecho resulta de su discrepancia con el respectivo precepto legal.

Considera el recurrente que la prueba fue mal apreciada, por cuanto un grupo de testigos sostiene que Carlos Julio Montes no tenía siquiera ojos; otro grupo afirma que "siempre tenía un ojo, pero contraído o enjuto y blanco o blanqueado, perfectamente inútil".

Que los testigos no dan la razón de su dicho, con excepción de los nombrados doctores Cleves Vargas y Barrera, que el recurrente considera que deponen en abierta contradicción. Que el único de los deponentes que relaciona su dicho a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es el doctor Barrera.

Que, no existiendo concordancia, o no apareciendo ella de las exposiciones de los testigos, mal pudo el Tribunal tener como plena prueba, el testimonio aislado y desprovisto de fundamento que dan los testigos y que el juzgador consideró como prueba suficiente.

Para rechazar el cargo por error de hecho, bastaría observar que la tacha consiste en que, careciendo de las condiciones y requisitos para ser estimados como testimonios, los rendidos en el proceso, el Tribunal los admitió como prueba, lo cual equivale a tachar ésta por error de derecho en su estimación. "Es de derecho y no de hecho el error en que se incurre al dar a determinada prueba un valor que no tiene según la ley, o un valor distinto del que la ley le asigna". (Casación, de 31 de mayo de 1911, G. J. Tomo 19).

Por lo demás, sabido es que hay error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen en las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente, en otros documentos del proceso. En otros términos, para que haya esta clase de error en la apreciación de pruebas, es necesario que resulte demostrado de modo evidente de esas pruebas, o de otros comprobantes del proceso, que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas. (G. J., Tomo 27, pág. 378).

Y nada más alejado de la realidad el cargo, porque, tanto los testigos médicos presentados por el demandante, como el doctor Barrera, presentado por los demandados, están acordes en sostener: los primeros que Montes carecía de órgano visual, y Barrera, que el señor Montes al-

canzaba a tener la "sensación de resplandor" y que con esfuerzo lograba algunas orientaciones necesarias en su vida cotidiana, como tomar las comidas, bañarse el cuerpo, orientarse para recibir rayos de sol en su dormitorio..., que podía firmar al tacto, como lo hizo con el testamento.

Por consiguiente, con un número plural de testigos, se demostró suficientemente la carencia de vista en el testador. Ahora bien: como lo expresa el comentador chileno Vodanovich, citado por el Tribunal, "Para los efectos del artículo 1019 (igual al 1076 del C. C.), ciego es toda persona que no puede comprobar mediante el sentido de la vista la identidad de su voluntad con lo que se halla escrito en el documento que contiene el testamento. ¿Y de qué manera es posible comprobar esta identidad? Leyendo el documento antes de firmarlo, o bien, viendo el escrito a que se da lectura en el acto testamentario. La persona que en ninguna de estas dos formas pueda comprobar, mediante el sentido de la vista, la conformidad de su voluntad con lo escrito, debe considerarse ciego". (De la Sucesión por causa de muerte).

Y no de otra manera puede considerarse al testador en el presente negocio y en presencia del artículo 1076 del C. C.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Sentencia:

Por las anteriores razones, 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, de fecha diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Silva Rebolledo — Pablo Emilio Mantas — Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

ERROR DE DERECHO Y ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS — PUEDE DARSE CURSO A LA DEMANDA AUNQUE EL DEMANDANTE NO ACOMPAÑE A ELLA LA PRUEBA DE LA PERSONERÍA DEL DEMANDADO — LA CALIDAD DE HEREDERO CUANDO LA ACCIÓN SE EJERCITA CONTRA QUIEN COMO TAL ESTA OBLIGADO A RESPONDER, NO ES CUESTIÓN DE MERA REPRESENTACIÓN PROCESAL

1—Cuando el sentenciador se abstuvo de entrar al fondo de la cuestión por carencia de uno de los presupuestos procesales, como, por ejemplo, la legitimación en causa, no puede recurrirse en casación con base en infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de disposiciones legales que por el motivo anotado, el sentenciador no tuvo en cuenta al pronunciar su fallo.

2—Hay ERROR DE HECHO cuando se pasa sobre una prueba decisiva sin considerarla siquiera, como si no hubiese sido producida, o cuando, al ser analizada en sí misma, y no en función de su mérito probatorio, se la interpreta sin fidelidad objetiva, para desconocerle su propia sustancia, o para restringirle o ampliarle o cambiarle su contenido real.

Existe, en cambio, ERROR DE DERECHO, en esta circunstancia, cuando la falla de la sentencia se refiere a la valoración de la prueba, como cuando se atribuye pleno valor probatorio a un documento no reconocido o se niega a uno público o auténtico, crédito total; o cuando se desestima el mérito legal de un elemento o conjunto de probanzas, que tiene la virtud jurídica de crear evidencia, como cuando haciendo parte del acervo probatorio una confesión válida y perfecta de la parte, deja de asignársele su valor definitivo.

De lo anterior se deduce que en el estudio judicial de la prueba hay dos momentos distintos: uno primero, estático, en que el Juzgado la contempla y valora considerándola en sí misma, para constatar su existencia, investigar su naturaleza y modalidades, palpar su consistencia y apreciar su exacto contenido, y no más; y otro segundo, dinámico, en que toma ese material probatorio,

para ponderarlo en la balanza de la ley con sujeción a su tarifa, y así medir su validez, fijar su trascendencia y limitar el ámbito de su operancia. En el primer momento es cuando el Juez puede incurrir en error de hecho, y en el segundo, cuando puede cometer el de derecho. Es claro que pueden sumarse ambos errores por defecto en uno y otro grado de este proceso lógico.

En síntesis, cuando el juzgador no le dio a la prueba el valor legal que le asignan las correspondientes disposiciones legales, el error que se comete entonces es de derecho. El error de hecho es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno.

Si no hubo apreciación de la prueba, en presencia de disposiciones legales que le otorgan determinado valor, no pudo cometer el Tribunal el error de derecho que se acusa.

3—La calidad o no de heredero, cuando se ejercita una acción contra quien como tal está obligado, no es cuestión de mera representación procesal, sino cosa que afecta más profundamente la personería, como elemento constitutivo que es de una situación legal o investidura jurídica esencial para la procedencia de la acción.

4—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, independiente de la cuestión de hecho que se trata de regular.

5—Puede darse curso a la demanda aun cuando el demandante no presente con su libelo la prueba de la personería del demandado. Es decir, puede darse curso a ella sin ese requisito. Pero, como es natural,

siendo la prueba de la personería un hecho que es menester acreditar, debe serlo dentro de los términos que la ley concede a las partes para que prueben los hechos que interesan a la demostración de sus derechos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero veintinueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

El Tribunal Superior de Cartagena profirió sentencia con fecha ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete en el ordinario propuesto por Jerónimo Martínez y otros, socios fundadores y miembros de la directiva de la "Sociedad Internacional de Préstamos y Construcciones" y por el doctor Esaú Llinás de Ribón, como liquidador de la misma, contra Vicente Llinás, Diego Llinás y otros, en su calidad de herederos del señor Nicolás Llinás, para que se condene a éste, o a sus herederos, al pago de cierta suma y sus intereses, más un recargo de un 25% sobre los mismos que se hubieren dejado de pagar y que, a la vez, se declare que el citado señor Llinás debe cubrir a la Sociedad en cuyo nombre se habla, la suma de diez centavos (\$ 0.10) por cada acción de las suscritas por él, debiéndose disponer, por último, que el demandado señor Llinás ha dejado de ser accionista de la Empresa. El Tribunal, a cuyo estudio pasó este negocio por **apelación del fallo** de primera instancia, declaró probada la excepción perentoria de "ilegitimidad de la personería sustantiva de parte demandada", por lo cual niega las declaraciones solicitadas por los demandantes, y confirma de esta manera la providencia del inferior.

Encuentra el sentenciador, que los señores Llinás fueron demandados en su calidad de herederos de don Nicolás, para hacerles efectivas algunas obligaciones que éste no cumplió, según el querellante, entre las cuales se destaca el pago de una suma de pesos; que el Juez debe constatar de oficio en el proceso, antes de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, la existencia de ciertos requisitos, sin los cuales no puede prosperar la demanda, y que entre éstos, se encuentra la legitimación en causa de las partes, o sea la calidad con que se ejercita el derecho, o la que, a su vez debe tener el demandado para podersele

obligar, prueba que en ambos casos corresponde dar al actor; que no aparece acreditada la calidad de herederos que les fue asignada a los demandados, ni puede darse por establecida con la aceptación tácita que les deduce el apoderado de los demandantes, por haber actuado ellos sin reclamar, porque la ley exige pruebas para tal demostración; que no se trata de una cuestión adjetiva, sino sustancial.

El recurso

En desacuerdo con tal proveído, los demandantes ocurrieron ante la Corte, donde el proceso ha sufrido la debida sutanciación, y siendo la oportunidad procesal, se pasa a fallar.

Los cargos propuestos

Con fundamento en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal cuatro cargos, que a continuación se estudian:

1º—"La sentencia es violatoria —dice— de los artículos 1411 y siguientes, 1298, 1302 y 1303 del Código Civil, por infracción directa.

"En efecto, el fallo acusado se funda en que no se probó en el juicio la calidad de "herederos" de los demandados.

"Pero resulta —continúa el recurrente— que ellos aceptaron ese carácter y su aceptación basta para obligarlos al tenor de las disposiciones anotadas".

A su juicio, "el Tribunal confundió las condiciones jurídicas en que un sujeto que pretende derecho a una sucesión debe producir la prueba de que él es el heredero, en contraposición a otro u otros que aleguen ese mismo carácter, con las condiciones jurídicas en que un sujeto, por hacer actos de heredero o aceptar ese carácter, se obliga para con terceros. Para el primer caso, la ley ha establecido determinadas formalidades y comprobaciones que deben producirse en el juicio de sucesión o en el de petición de herencia, etc., mas para el segundo basta que concurren los eventos contemplados en los artículos 1298, 1299, 1301, y 1303 del C. C. pues así lo dispone el artículo 1302.

Que, al tenor del art. 1299, se entiende que alguien toma el título de herederos cuando lo hace en escritura pública. Que los demandados ausentes, representados por su curador, tuvieron todas las oportunidades para apersonarse en el litigio.

Que Pablo E. Llinás se opuso al secuestro de

una finca, sin haber objetado su carácter de heredero; que en él concurre el caso preciso de aceptación tácita.

Que las deudas hereditarias se dividen, al tenor del art. 1411 citado, a prorrata entre los herederos; que ésta y las otras disposiciones mencionadas fueron violadas por el Tribunal en la sentencia acusada, pues no las aplicó, debiendo aplicarlas.

Se considera:

El Tribunal no pudo incurrir en la violación de los artículos 1411, 1298, 1299, 1302 y 1303 del Código Civil, "por infracción directa", por cuanto ninguna aplicación se ha dado a tales preceptos, que contraste o contrarie su alcance.

La violación de Ley sustantiva tiene lugar, al tenor del art. 520 del C. J., inciso primero, por infracción directa o aplicación indebida, o 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, como lo expresa el recurrente, no tuvo en cuenta, en relación con la legitimación en causa, la manifestación hecha con respecto a su calidad en el juicio con respecto al principal obligado. Echó de menos el Tribunal la prueba de la calidad de herederos que le fue señalada a los demandados, prueba que el recurrente considera suficientemente establecida de otros elementos procesales.

Existen, a juicio del recurrente, ciertas pruebas en el proceso, que no tuvo en cuenta el juzgador. Se estaría, pues, en el caso contemplado en el inciso 2º del Numeral 1º del art. 520 del C. J., que dice: "Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea, o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos".

En el caso en estudio, se trataría de un error de hecho, al haber pasado por alto, él no haberse tenido en cuenta una prueba producida en el litigio y que no examinó, ni pesó, en orden a la acción propuesta al Tribunal, y que el recurrente considera suficiente para establecer la legitimación en causa, que se echa de menos.

No puede, pues, decirse que hubo infracción directa, aplicación indebida o interpretación erró-

nea de las disposiciones citadas, que el sentenciador no tuvo en cuenta al pronunciar su fallo, ya que se abstuvo de entrar al fondo de la cuestión, por carencia de uno de los presupuestos procesales: la legitimación en causa.

Los preceptos señalados como violados no los tuvo en cuenta el Tribunal, no tuvo ocasión de aplicarlos o no, ya que no examinó o pesó la prueba o pruebas, que echa de menos el demandante.

Por lo expuesto, se declara, que no hubo lugar a la violación directa de los artículos señalados del Código Civil.

Cargo segundo.—Acusa también el fallo el recurrente, por "infracción directa" de los mencionados preceptos, por **error de derecho** en la apreciación de algunas pruebas, que determina.

Señala como pruebas no apreciadas la de confesión del carácter de heredero, asumido por los demandados y expresado de una manera terminante en los poderes otorgados al abogado que los representó en el pleito; las diligencias de notificación por edicto de los demandados, que se ocultaron y a quienes se les designó para representarlos un **curador ad litem**; el poder conferido por Pablo E. Llinás diciéndose heredero, para obtener el desembargo de algunos bienes; la copia de la sentencia del Tribunal de Cartagena, dictada en el ejecutivo de la misma Compañía demandante contra Diego Llinás, y en que éste no objetó el carácter con que allí se le señala.

Se considera:

Conviene poner muy en claro, que la acusación propuesta en este nuevo reparo, es por **error de derecho**, por "falta de apreciación de algunas pruebas". "La falta de consideración de tales pruebas condujo al Tribunal a violar directamente las disposiciones citadas".

Hay **error de hecho** cuando se pasa sobre una prueba decisiva sin considerarla siquiera como si no hubiese sido producida, o cuando al ser analizada en sí misma, y no en función de su mérito probatorio, se la interpreta sin fidelidad objetiva para desconocerle su propia sustancia, o para restringirle o ampliarle o cambiarle su contenido real.

Existe, en cambio, **error de derecho**, en esta circunstancia, cuando la falla de la sentencia se refiere a la valoración legal de la prueba, como cuando se atribuye pleno valor probatorio a un documento no reconocido o se niega a uno público o auténtico crédito total; o cuando se desesti-

ma el mérito legal de un elemento o conjunto de probanzas, que tiene la virtud jurídica de crear evidencia, como cuando haciendo parte del acervo probatorio una confesión válida y perfecta de la parte, deja de asignarle su valor definitivo.

De lo anterior se deduce que en el estudio judicial de la prueba hay dos momentos distintos: uno primero, estático, en que el Juzgado la contempla y valora considerándola en sí misma, para constatar su existencia, investigar su naturaleza y modalidades, palpar su consistencia y apreciar su exacto contenido, y no más; y otro segundo, dinámico, en que toma ese material probatorio, para ponderarlo en la balanza de la ley con sujeción a su tarifa, y así medir su validez, fijar su transcendencia y limitar el ámbito de su operancia. En el primer momento es cuando el Juez puede incurrir en error de hecho, y en el segundo cuando puede cometer el de derecho. Es claro que pueden sumarse ambos errores por defecto en uno y otro grado de este proceso lógico.

En síntesis, cuando el juzgador no le dio a la prueba el valor que le asignan las correspondientes disposiciones legales, el error que se comete entonces es de derecho. El error de hecho es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno. (G. J. Tomo 65, Nos. 2070 a 2071).

Si no hubo apreciación de la prueba, en presencia de disposiciones legales que le otorgan determinado valor, no pudo cometer el Tribunal el error de derecho que se acusa.

Ya en casación de 12 de diciembre de 1932 (G. J. Nº 1892 pag.), dijo esta Sala: "Si como lo afirma el recurrente el Tribunal ningún estudio hizo de las pruebas a que el cargo se refiere, no pudo haber incurrido en error de derecho. Pues éste no tiene cabida sino en el caso de que en la estimación de las pruebas con las cuales se ha pretendido demostrar un postulado cualquiera, se ha contravenido el valor que la ley asigna a dichas pruebas".

Siendo el recurso de casación esencialmente formalista, mal podría la Corte entrar a estudiar el recurso por un motivo no alegado.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo tercero.—Violación de los artículos 328, 329, 330, Numeral 2º, 342, 343, del C. J. por aplicación indebida y 335, 337 y concordantes, por violación directa.

Manifiesta el demandante, que se trata de una excepción dilatoria de falta de personería, y no perentoria. Que el Tribunal confundió tales ex-

cepciones, deduciéndose en el caso la falta de personería sustantiva en los demandados, sin que a ello hubiere lugar.

Se considera:

La calidad o no de heredero, cuando se ejercita una acción contra quien como tal está obligado, no es cuestión de mera representación procesal, sino cosa que afecta más profundamente la personería, como elemento constitutivo que es de una situación legal o investidura jurídica esencial para la procedencia de la acción.

Pero, sobre toda consideración, las disposiciones señaladas como violadas son meramente adjetivas, que no dan lugar a un estudio en casación. (G. J. Nº 2071 y 2072). Ninguno de los artículos que el recurrente cita como violados, tiene el carácter de precepto sustantivo, en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., ésto es, que otorga derechos o imponga obligaciones a las personas, y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. (G. J. 2034, pág. 795).

Los preceptos señalados se limitan a definir qué se entiende por excepción dilatoria o perentoria, y el procedimiento a seguir con respecto a las primeras.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo cuarto.—La sentencia es violatoria —dice— del artículo 1502 del C. C. y 322 del C. J., por violación directa.

Sostiene que, en cuanto la sentencia declara no probado en el juicio el carácter de heredero de los demandados, habiéndose ellos apersonado como tales, implica el desconocimiento de la plena capacidad para obligarse que ellos tienen, conforme a la primera de las expresadas disposiciones. Que en tal sentido, el fallo va hasta desconocer la autonomía de las partes.

Que, de acuerdo con el artículo 322 del C. J., el demandante no está obligado a presentar con la demanda la prueba de que la persona que designa como representante del demandado, lo es en realidad.

Se considera:

El Tribunal no pudo incurrir en violación del art. 1502 del C. C., porque ninguna interpretación le ha dado a tal precepto que contrarie su alcance.

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 independiente de la cuestión de hecho que se trata de regular (Casación Tomo 61, pág. 454).

Ya se vio que el Tribunal no entró al estudio y consideración de ciertas pruebas que, a juicio del recurrente, son suficientes para establecer el carácter con que se demandó a los señores Llinás en el juicio; por consiguiente, mientras subsista esa situación probatoria, por no haberse atacado por error de hecho en la apreciación de la prueba, la Sala no puede entrar a estudiar si era el caso de la aplicación del precepto nombrado, o se ha interpretado equivocada o erróneamente su contenido.

El artículo 232 del C. J. no viene al caso, pues el recurrente ha planteado la cuestión en el sentido de que, estando demostrada por ciertos motivos, la personería de los demandados, no obstante el juzgador no la tuvo en cuenta.

El artículo 232 del C. J. lo ha interpretado la Corte en el sentido de que puede darse el curso a la demanda, aun cuando el demandante no presente con su libelo la prueba de la personería del demandado. Es decir, "puede darse curso a ella sin ese requisito. Pero como es natural, siendo la prueba de la personería un hecho que es menes-

ter acreditar, debe serlo dentro de los términos que la ley concede a las partes para que prueben los hechos que interesan a la demostración de sus derechos". (G. J. N° 2006, Tomo LVII, pág. 68).

Precisamente, al fallar el Tribunal consideró que hacía falta para entrar al fondo de la cuestión, uno de los presupuestos procesales: la legitimación en causa. Cuestión que no pudo definir la Sala por lo ya expuesto.

Se rechaza, por consiguiente el cargo.

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 Cartagena, de fecha once de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

Las costas del recurso son a cargo del recurrente. Tásense. Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Arturo Silva Rebolledo — Pablo Emilio Mantas—Güalberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Srio. en pppdad.

SALA DE CASACION PENAL

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD — CASO DE QUE UN FUNCIONARIO JUDICIAL O DEL MINISTERIO PUBLICO SEA MANDATARIO EN ASUNTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS, ABOGUE EN ELLOS O ACONSEJE A CUALQUIERA DE LAS PARTES LITIGANTES

El artículo 179 del Código Penal exige dos condiciones para que se incurra en la infracción contemplada en dicha norma: ser el agente del hecho, empleado del orden judicial o del Ministerio Público; y desempeñar un mandato judicial o administrativo o abogar en asuntos de esa índole o simplemente aconsejar a cualquier litigante.

Por medio de la disposición en cita, quiere la ley penal establecer incompatibilidad entre las funciones de los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y las actividades de las personas que ante estas autoridades hacen solicitudes, a fin de conseguir que ningún interés distinto del de la justicia regule el ejercicio de los derechos ante los poderes del Estado. Y en este orden de cosas, las reglamentaciones del estatuto represivo abarcan no sólo el ejercicio de poderes otorgados en forma legal, sino también el de abogar en beneficio de alguien y aún aconsejar a los interesados sobre la manera de conducir los negocios que cursan en los despachos judiciales o administrativos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Por auto de veintiuno de octubre del año pasado, el Tribunal Superior de Popayán llamó a responder en juicio criminal al doctor Manuel Jcsé Hurtado por el delito de abuso de autori-

dad y sobreesayó a favor del mismo por otros hechos también investigados y por los cuales se le recibió declaración instructiva.

El procesado interpuso reposición y en subsidio, apelación, y como lo primero le fuera negado, se le cñcedió lo segundo.

Hechos

El periódico "Hoy" que se edita en la ciudad de Popayán, publicó un escrito en el que se decía que un funcionario de la rama jurisdiccional, Juez Superior en dicha ciudad, estaba interviniendo indebidamente en favor de una señora acusada de haber tomado parte en un delito de falsificación de moneda. El Tribunal tomó nota de la publicación en referencia y como resultara que el Juez a que se aludía era el doctor Manuel José Hurtado, quien por entonces desempeñaba el Juzgado 2º Superior y que la sindicada por el delito de falsificación de moneda, era la señora Inés López Cartagena, ordenó la correspondiente investigación.

Como hechos probados en el proceso anota la Procuraduría los siguientes:

a) Que el doctor Manuel José Hurtado desempeñaba el cargo de Juez 2º Superior de Popayán en el mes de enero del año de mil novecientos cincuenta, fecha en que se realizaron los ilícitos investigados en este proceso;

b) Que el doctor Hurtado e Inés López Cartagena, hacían vida marital en la misma época, pues el propio sindicado dice que lo unen a ella "vínculos afectivos pues tengo un hijo de ella" (fl. 59) y aquella mujer, también dice que tiene "relaciones íntimas con el doctor Manuel José Hurtado, desde hace varios años" (fl. 85);

c) Que en la noche en que fue detenida la señora López Cartagena, el doctor Hurtado estaba

en compañía de ésta y se fue con ella hasta el lugar de su detención;

d) Confiesa el doctor Hurtado, que no pocas veces le pidió al funcionario investigador que practicara una diligencia de careo que consideraba necesaria para la excarcelación de la mencionada López Cartagena y llegó hasta buscarlo con ese objeto en su casa de habitación (fl. 110 v.);

e) El mismo doctor Hurtado, insinuó la ampliación de un informe del detective cuyas pesquisas habían servido para la formación del proceso por falsificación de moneda, delito porque estaba detenida la precitada López Cartagena;

f) El doctor Hurtado escribió en máquina la ampliación del informe a que se alude en el aparte anterior y aún la redactó, como se desprende del siguiente aparte de su indagatoria (fls. 41 v., 64 y v. 65 y 74 v.);

"...Me senté, pues, en la máquina de escribir y empecé a escribir estrictamente lo que él me iba dictando. Como es apenas natural en persona de alguna cultura y preparación, cuando me dictaba por ejemplo palabras repetidas, yo, antes de escribir, le preguntaba al detective si lo ne parecía mejor así, y le decía cómo se podía poner, a lo cual contestaba él que sí, que así quedaba bien, entonces yo, con esta expresa autorización escribía. Es decir, que yo únicamente ponía de mis cuestiones de simple redacción gramatical que en manera alguna alteraban lo que iba diciendo el detective..." (fl. 65);

g) El doctor Hurtado visitaba permanentemente a la detenida y frecuentaba con exceso la oficina en donde se adelantaba la investigación procurando informarse de ella (fls. 63 v., 64 y 66); y

h) Habiéndose presentado una diferencia entre el apoderado de la detenida y el funcionario de instrucción, el doctor Hurtado personalmente llevó al Jefe de la Oficina de Seguridad, un escrito que acreditaba esa diferencia, lo cual retardaba la libertad de la procesada López Cartagena (fls. 70 v. y 71).

Se considera:

Según el artículo 179 del Código Penal, cometen el delito de abuso de autoridad, los empleados del orden judicial o los Agentes del Ministerio Público que fueren mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, o abogaren en ellos, aunque estén en uso de licencia, o que aconsejaren a cualquiera de las partes litigantes.

La norma antes relacionada, exige pues, dos

condiciones, para que se incurra en la infracción contemplada en dicha norma: Ser el agente del hecho, empleado del orden judicial o del Ministerio Público; y desempeñar un mandato judicial o administrativo o abogar, en asuntos de esa índole o simplemente aconsejar a cualquier litigante.

Por medio de la disposición en cita, quiere la ley penal, establecer incompatibilidad entre las funciones de los empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público y las actividades de las personas que ante estas autoridades hacen solicitudes, a fin de conseguir que ningún interés distinto del de la justicia regule el ejercicio de los derechos ante los poderes del Estado. Y en este orden de cosas, las reglamentaciones del estatuto represivo, abarcan no sólo el ejercicio de poderes otorgados en forma legal, sino también el de abogar en beneficio de alguien y aún aconsejar a los interesados sobre la manera de conducir los negocios que cursan en los despachos judiciales o administrativos.

Para la Procuraduría resulta "evidente que el doctor Manuel J. Hurtado, no sólo intercedió en favor de la detenida, ni limitó su intervención, de todos modos reprochable, a aconsejar la práctica de pruebas, sino que llegó hasta elaborar la ampliación de un informe que él consideraba fundamental para la libertad de su patrocinada, ampliación que figura original en el expediente (fl. 78).

"Es muy claro para la Procuraduría —prosi— que de no haber mediado solicitud por parte del doctor Hurtado para que el detective hiciera tal ampliación, éste no se hubiera atrevido a proponerle a un Juez Superior que le sirviera de mecanógrafo ni el Juez se hubiera avenido a rebajarse tanto. De otro lado, es de suma importancia el hecho de que la ampliación, hubiera sido redactada por el mismo doctor Hurtado".

El defensor del procesado en escrito presentado ante la Corte, sostiene que las acciones imputadas al procesado no son constitutivas de delito y solicita que se le aplique el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal y para el caso de que haya alguna oposición jurídica, se le sobresea definitivamente. Como fundamento de estas solicitudes, estudia en extremo varias hipótesis de delito que consagra el artículo 179 del Código Penal, afirmando que el Ex-Juez Superior doctor Hurtado, en el caso de autos, no ejerció ningún mandato judicial ni abogó por escrito ni de palabra a favor de los intereses de la López

Cartagena ni asesoró dando consejos ni orientaciones a las partes interesadas en el proceso contra dicha mujer.

Los puntos de vista del defensor del procesado, son inaceptables dentro de la realidad procesal, porque las pruebas que suministra el expediente acreditan que el doctor Hurtado se interesó ante el funcionario de instrucción porque se le concediera a la sindicada López Cartagena la libertad provisional y en esa gestión, según afirman dicho funcionario y su secretario, llegó hasta manifestarles que obtendría la separación de aquél de la dirección del sumario, lanzándole el cargo de estar "parcializado" y de prejuzgar en el proceso. Además, fue el doctor Hurtado, quien insinuó al detective Agustín Jaramillo, la ampliación del informe que éste había rendido sobre el delito de falsificación de moneda y que había servido de base para la detención de aquella mujer, sirviéndole de mecanógrafo en la ampliación de esa pieza del proceso; también y esto lo confiesa el doctor Hurtado, se interesó ante el investigador para que practicara una diligencia de careo que consideraba necesaria para la excarcelación de dicha procesada. Estas intervenciones del doctor Hurtado en el perfeccionamiento de tal negocio, constituyen la hipótesis de delito de abuso de autoridad, que el artículo 179

del Código represivo enuncia con las palabras "...o abogaren en ellos", o en otros términos, existe la comprobación de que el funcionario sindicado se interesó a favor de dicha mujer en el proceso que a ésta se le seguía por el delito de falsificación de moneda, que es precisamente una de las prohibiciones que para los funcionarios del orden judicial consagra aquel artículo, al decir "o abogaren en ellos...".

Por consiguiente, el delito de abuso de autoridad que en la providencia apelada se carga a la cuenta del Ex-Juez Superior, doctor Manuel José Hurtado, se halla demostrado y procede su confirmación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CUAL ES LA OPINION QUE CONSITUYE CAUSAL DE IMPEDIMENTO

La Corte, interpretando el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, ha dicho que la opinión que se traduce en causal de impedimento, es aquella que se emite en un auto de fondo, en donde el funcionario sostenga tesis substanciales y fundamentales del proceso, que impliquen para él una determinada orientación jurídica o judicial que lo comprometan en sus conceptos, juicios u opiniones, de suerte que, si por alguna circunstancia se convierte en fallador de ambas instancias, sea incapaz de modificar aquel criterio, por estar vinculado a él, y su imparcialidad sufra mengua y su espíritu no tenga la suficiente libertad para juzgar del asunto sin sujeción a un prejuicio o un preconcepto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintidos de enero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Las presentes copias se remiten a la Corte, para que resuelva sobre el impedimento manifestado por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Barranquilla para intervenir en el proceso a que ellas se refieren.

El incidente ha sido tramitado en la forma prevista por el Código de Procedimiento Penal y corresponde a la Corte decidir sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento aducido por aquel funcionario, para actuar en el negocio que se adelanta contra Carlos A. Zambrano y otros por varios delitos.

El Fiscal Primero del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Julio Vengoechea, funda el impedimento en los siguientes términos:

“Por motivo de queja elevada ante esta Fiscalía por el señor Ignacio Calderón Durán, Jefe de la Sección de Seguridad, Identificación y Extranjería, tuve que practicar una visita al Juz-

gado 3º del Circuito en lo Penal, en las sumarias a que pertenece este incidente, y con ocasión de esa visita emití algunos conceptos sobre la providencia que hoy es motivo de apelación, los que quizás puedan incidir en el fondo del asunto controvertido. De dichos conceptos quedó constancia en el acta de visita y a ellos también hacen referencia el señor Juez del Circuito en lo Penal en auto de 5 de noviembre, obrante en copias de este cuaderno, por el que mantiene en firme el auto de detención motivo del recurso y concede la apelación interpuesta por el señor Personero Municipal”.

La Sala de Decisión del Tribunal Superior de Barranquilla, no acepta el impedimento expresado por el Fiscal, porque los conceptos emitidos por este funcionario no aparecen en una visita de fondo ni fueron dados sobre cuestiones fundamentales del proceso, como serían la imputabilidad o la responsabilidad. Agrega que, tales conceptos figuran en el acta que la Fiscalía levantó con ocasión de una queja contra el Juez 3º del Circuito y no versan sobre los elementos integrantes de la infracción investigada, como puede deducirse del auto del Juez fechado el cinco de noviembre del año pasado.

Se considera:

El acta de visita, documento en el cual se funda el Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla para considerar que se encuentra impedido legalmente para emitir concepto en el negocio a que se refieren las copias, no figura en el expediente. En el auto proferido por el señor Juez 3º Penal del Circuito de Barranquilla, de fecha cinco de noviembre último, se alude a las opiniones del Fiscal del Tribunal Superior consignadas en la visita practicada al Juzgado y se afirma que aquél fue de parecer que la orden de suspensión y captura del señor Calderón Durán, empleado de la policía, podía ser prematura; que siendo un alto empleado del Gobierno era más aconsejable recibirle declaración indagatoria antes de dictar un auto de detención y que verbalmente había manifestado, aunque no lo había

consignado en el acta, que siendo la concusión una infracción que sólo la podían cometer los funcionarios, no estando en el expediente las actas de nombramiento y de posesión de Calderón Durán, la detención preventiva carecía de base.

La Ley procedimental establece en su artículo 79 que las causales de recusación mencionadas por el artículo 73 de la misma obra, se refieren también a los agentes del ministerio público, quienes deben poner en conocimiento del Juez o Magistrado el impedimento que exista, y es el superior, en este caso la Corte, por tratarse de un Fiscal del Tribunal Superior, quien resuelve de plano la cuestión "en vista de lo alegado y probado" (Art. 77 C. de P. P.).

La Corte interpretando el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, ha dicho que la opinión que se traduce en causal de impedimento, es aquella que se emite en un auto de fondo, en donde el funcionario sostenga tesis substanciales y fundamentales del proceso, que impliquen para él una determinada orientación jurídica o judicial que lo comprometan en sus conceptos, juicios u opiniones, de suerte que, si por alguna circunstancia se convierte en fallador de ambas instancias, sea incapaz de modificar aquel criterio por estar íntimamente vinculado a él y su imparcialidad sufra mengua y su espíritu no tenga la suficiente libertad para juzgar del asunto sin sujeción a un prejuicio o un preconcepto.

En el caso de autos, como se deja anotado, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla, emitió en el acta de la visita practicada en el Juzgado Tercero del Circuito en lo Penal de la misma ciudad, un concepto sobre las exigencias legales para poder dictar auto de detención preventiva en el proceso contra el sindicado Cal-

derón Durán. Por consiguiente, no podría sostenerse que aquel funcionario hubiera intervenido en el pronunciamiento de ese auto de detención ni emitido concepto alguno sobre una providencia de fondo en el mismo asunto; simplemente, hizo algunas glosas en su carácter de visitador sobre una providencia de detención preventiva dictada por el Juez del conocimiento. Es por esto, por lo que la opinión expresada por dicho funcionario en esta ocasión, no puede tenerse como definitiva ni como contentiva de fuerza suficiente para vincularlo a ese concepto, pues con la apreciación de las pruebas que sustentan el auto de detención el concepto aludido puede cambiar, llevándolo a sostener puntos de vista completamente distintos. En estas condiciones, no constituyendo la opinión de que se ha hablado, un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos integrantes de la infracción que se investiga en este proceso, no puede ser considerada ella como causal de impedimento.

Las razones antes expuestas, son suficientes para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declare no probada la causal de impedimento alegada por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Julio Vengoechea U., para intervenir en tal carácter en el proceso que se adelanta contra Carlos A. Zambrano y otros por varios delitos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Cárdenas Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO — CASO DEL QUE SE ADELANTA O SIGUE CONTRA UN ACUSADO ENFERMO DE LEPROA

Cuando se adelanta un proceso contra enfermo de lepra, aunque la ley provee a la defensa de los procesados que padecen de esta enfermedad, ordenando que todas las notificaciones personales se hagan por medio de Juez comisionado y las demás se les hagan a sus defensores por estado o edicto, según el caso, es conveniente cambiar la radicación del proceso, para que éste se siga en el mismo lugar donde se halla el acusado porque ello resulta beneficioso para la justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veinticinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Tito Velasco, enfermo de lepra y detenido en la Cárcel del Lazareto de Agua de Dios, solicita se radique en una autoridad de ese Lazareto, el proceso que por el delito de homicidio se le adelanta en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Tunja, de acuerdo con el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Acompaña a su solicitud una certificación del médico oficial de aquel Lazareto en que consta que el peticionario es enfermo de lepra y se encuentra sometido al aislamiento y a los reglamentos del Leprocomio, y certificación de la Alcaldía del mismo establecimiento en que aparece que el solicitante ingresó a la Cárcel de allí el 12 de julio de 1951 por disposición del Director General de Prisiones y por cuenta del Juzgado Segundo Superior de Tunja. Obra además una comunicación telegráfica dirigida por dicho Juzgado al Ministerio de Justicia en que se hace constar que cursa allí el sumario contra Tito y Hostiano Velasco por homicidio en Miguel Quintero, el cual se halla para señalar fecha para efectuar el juicio público.

El Código de Procedimiento Penal autoriza el cambio de radicación de un proceso cuando ello es conveniente para la recta administración de justicia o por enfermedad grave debidamente comprobada. En este caso, aunque la ley provee a la defensa de los procesados que padecen de la enfermedad de la lepra ordenando que todas las notificaciones personales se hagan por medio de Juez comisionado y las demás se les hagan a sus defensores por medio de estado o edicto, según el caso, nadie se perjudica y sí resulta beneficioso para la justicia que el proceso se siga en el mismo lugar donde se halla el acusado.

La enfermedad con el carácter de grave que padece el procesado Velasco, se encuentra comprobada debidamente conforme al certificado expedido por el médico del Lazareto de Agua de Dios en que consta que Velasco padece de lepra y se halla sometido al aislamiento. Y como de otro lado al Juez de Circuito de Lazareto le da competencia como de Juez Superior la ley 20 de 1927 (art. 12), la Corte conceptúa que en este caso especial el Gobierno puede decretar el traslado del proceso al Juzgado de Circuito de Agua de Dios.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite concepto favorable sobre el cambio de radicación del proceso seguido contra Tito Velasco y cuyo conocimiento corresponde a los Jueces Superiores del Distrito Judicial de Tunja, para lo cual se sacará copia de lo conducente a fin de que el peticionario sea juzgado de conformidad con la ley 20 citada.

Cópiese y devuélvase el negocio al Ministerio de Justicia.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDADES — POR ERROR EN CUANTO A LA EPOCA EN QUE SE COMETIO LA INFRACCION

La doctrina ha entendido siempre que la nulidad de que trata el ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P., se refiere únicamente el auto de proceder, de manera que no configura esta nulidad el error en que pueda incurrirse en la sentencia de primera o segunda instancia.

En todo caso, además, no es posible hablar de nulidad por simples errores de máquina en que se incurra por meros descuidos al escribir las fechas, porque las nulidades están instituidas para salvaguardar las prerrogativas de la defensa del procesado, de tal manera que todo aquello que las viola, comprendido dentro de los términos taxativos de los textos que las consagran, es nulo y sin valor dentro del proceso. Por lo mismo, cuando no se ha violado ningún precepto ni menos desconocido alguna de esas garantías, resulta imposible hablar de nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veinticinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia del diez y seis de noviembre de mil novecientos cincuenta, confirmó la del Juzgado Penal del Circuito de Bolívar de fecha doce de julio del mismo año, por medio de la cual se impuso a Juan Fabián Pipicano y Eusebio Correa, la pena principal de un año de presidio al primero y tres meses de arresto al segundo, por el delito de lesiones personales.

El señor defensor de Pipicano interpuso en tiempo oportuno el recurso de casación y concedido éste, vino el proceso a la Corte, donde surtida la tramitación propia de la instancia, es procedente decidir acerca del recurso interpuesto.

En la demanda respectiva se señalan las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, haciendo hincapié en la nulidad del proceso conforme al numeral 8º del artículo 198 del mismo Código.

Hechos y actuación procesal.

Consta de autos que en la noche del sábado diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, se reunieron en la casa de Dámaso Túquerres, situada en la sección de Buenavista, del Distrito de Almaguer, varias personas con el fin de regocijarse por ser vísperas de elecciones; allí se bailó e ingirió licor desde las seis de la tarde, y a eso de la media noche, por motivos que se desconocen, entre Juan Fabián Pipicano y Rafael Hoyos hubo un disgusto, durante el cual se fueron a las vías de hecho, resultando el segundo con el dedo meñique de la mano izquierda seccionado y herido el anular de la misma mano. Del encuentro resultó herido también Daniel Gómez.

El Juzgado Penal del Circuito de Bolívar, abrió causa criminal contra Juan Fabian Pipicano por el delito de lesiones personales en Rafael Hoyos, y contra Eusebio Correa por las que sufrió Daniel Gómez. Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior —Sala Penal— del Distrito Judicial de Popayán, por auto de fecha quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Adelantado el proceso fue dictada sentencia de primera instancia, por la cual se impusieron las sanciones al principio relacionadas, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Popayán, según providencia del diez y seis de noviembre de mil novecientos cincuenta.

Causal 4ª de nulidad

Por cuanto carecería de objeto el estudio de las demás causales, habrá de estudiarse en primer término la cuarta, referente a la nulidad del juicio.

Expresa la demanda que el auto de detención dictado por el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar (fl. 36) lleva fecha 25 de enero de 1945, siendo así que los hechos ocurrieron el 17 de marzo de ese año; que en la sentencia del mismo Juzgado del 12 de julio de 1950 se dijo que "Con motivo de las elecciones populares que se efectuarían al día siguiente, se reunieron en la casa de Dámaso Túquerres, ubicada en el paraje de Buenavista, Municipio de Almaguer, en las horas de la noche del 17 de marzo de 1947 varios trabajadores del campo..."; y que en la sentencia del Tribunal del 16 de noviembre de 1950 (fl. 118) se dice "Con motivo de las elecciones populares que se efectuarían al día siguiente, se reunieron en la casa de Dámaso Túquerres, ubicada en el paraje de Buenavista, Municipio de Almaguer, en las horas de la noche del 17 de marzo de 1947, varios...".

Se considera:

En cuanto al auto de detención, en realidad, lleva fecha 25 de enero de 1945, pero ello obedeció a un simple error del empleado que escribió ese auto, toda vez que el proceso fue pasado al despacho del Juez el 25 de enero de 1946 y la notificación del auto de detención al señor Personero Municipal se hizo con fecha 26 de enero de 1946, lo que implica que esa providencia realmente debió estar fechada el 25 de enero del año últimamente citado, lo que no está contemplado por la ley como causal de nulidad.

En lo referente al error relativo a la época del delito, del proceso aparece que tuvo cumplimiento el 17 de marzo de 1945, y que evidentemente en la relación de los hechos con que empieza la confirmación del enjuiciamiento contra Juan Fabian Pipicano y Eusebio Correa, el Tribunal expresó que el hecho delictuoso había tenido ocurrencia el 17 de marzo de 1947. Pero acontece que en la parte resolutive de la misma providencia del Tribunal, se expresa que se confirma el enjuiciamiento decretado contra los procesados referidos por el delito de lesiones personales, sin especificar fecha exacta de los hechos, con lo que se remitía a lo que sobre ese punto preciso se refiere el auto materia de la revisión, y como en él se expresa claramente (fl. 70) "que consta en el proceso, que en la noche del diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, en la casa de Dámaso Túquerres, ubicada en la sección de Buenavista, Distrito de Almaguer, en ju-

risdicción de este Distrito Judicial, se habían reunido varias personas con el fin de bailar y beber guarapo fermentado, por ser vísperas de elecciones", etc., se deduce claramente que sólo se trata de un error que en nada modifica el fondo de la cuestión, ya que no afecta lo relativo al tiempo en que se cometió el delito, tiempo que aparece claramente determinado en el auto de proceder del Juzgado.

En las sentencias de primera y segunda instancia se incurrió en simple error de máquina al señalar una fecha distinta a la en que en verdad ocurrieron los hechos, pero queda expresado cómo en el auto de proceder y en otras piezas del proceso, aparece claramente determinada la fecha verdadera en que ocurrió el delito, por lo cual no surge motivo legal para declarar que debe prosperar la nulidad de que trata el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal pues ésta la ha entendido siempre la doctrina como que se refiere únicamente al auto de proceder, y ya quedó dicho que en tal providencia no se observa error alguno en cuanto a la fecha del delito.

Además, las nulidades están estatuidas para salvaguardar las prerrogativas de la defensa del procesado, de tal manera que todo aquello que las vulnere, comprendido dentro de los términos taxativos de los textos que las consagran, es nulo y sin valor dentro del proceso. Cuando no se ha violado ningún precepto ni menos desconocido alguna de esas garantías —como aquí ocurre— resulta imposible hablar de nulidad, porque simples errores de máquina, debido a meros descuidos al escribir las fechas, que no afectan en modo alguno los intereses del procesado ni los fueros de la defensa, no la constituyen.

Acorde en el fondo con estas apreciaciones se encuentra el señor Procurador Delegado en lo Penal.

Causal primera

Según esta causal hay lugar a casación cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Dice el actor que al dictar sentencia en el proceso se dio aplicación al artículo 384 del Código Penal —modalidad de la riña imprevista— cuando debió aplicarse el artículo 28 de la misma obra, y como fundamento cita las declaraciones de Tomasa Rivera y Raimundo Mamian, según

las cuales sin que mediara disgusto o motivo, Rafael Hoyos en la noche de los hechos lanzó a Juan Fabián Pipicano la expresión de hijo de puta, con lo cual se indica que los hechos posteriores o subsiguientes y en los cuales resultó herido Hoyos fueron cometidos por Pipicano dentro de las circunstancias de ira e intenso dolor, causados por grave e injusta provocación, y por lo mismo el Tribunal al aplicar el artículo 384 del Código Penal, en lugar del 28, hizo indebida aplicación de la ley.

Sin embargo, de las declaraciones de los testigos presenciales Primitivo Inchimá y Silvestre Pipicano, testimonios que sirvieron de base para imponer la condena, resulta que la ofensa anotada fue lanzada por el ofendido luego de haber sido herido por Pipicano.

Sentado quedó desde un principio que Juan Fabián Pipicano y Rafael Hoyos disgustaron y se fueron a las vías de hecho la noche de autos, por motivos que se desconocen y que de ese encuentro resultó éste herido. No obstante, surge de autos que entre los protagonistas existían diferencias de tiempo atrás, según lo dejan entrever en sus exposiciones y si esas desavenencias existían es de suponer que en la noche de los hechos, bajo la influencia de las bebidas embriagantes ingeridas, se hicieran más palpables, ya que según Rafael Hoyos, a Pipicano le disgustó que bailara con la señorita Tomasa Rivera, puesto que al sacarla a bailar lo miró con malos ojos, con ironía y salió al patio, de donde regresó blandiendo una peinilla.

Es lo cierto que no se establecieron los motivos que originaron el encuentro de los protagonistas, ni tampoco de quién pudo partir la provocación que culminara en el lance personal que entre ellos ocurrió, pues las pruebas que se trajeron al expediente no lo determinan ciertamente, y las que presenta el actor no son suficientes a establecer que el procesado obrara en la comisión del delito en las circunstancias previstas en el artículo 28 del Código Penal, o sea en estado de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación.

No tiene, pues, fundamento la causal primera.

Causal segunda

Sin embargo, expresa el actor, el hecho de que el H. Tribunal hubiera tenido en cuenta las declaraciones de Tomasa Rivera y Raimundo Mamian, no da lugar a atacar la sentencia por la

causal primera sino por la segunda, porque si en verdad con estas declaraciones se acredita el estado de ira e intenso dolor en que actuó Pipicano y no fueron ellas tenidas en cuenta por el Tribunal, es ésta o sea la segunda, la causal que debe alegarse, porque ha habido "errada apreciación de los hechos y se les ha atribuido un valor que no tienen o se les ha negado el que sí tienen...".

Ya al hablar de la causal primera se dejó claramente expresado cómo no aparece demostrada la circunstancia de ira e intenso dolor en que obrara el procesado Pipicano en la comisión de las lesiones, siendo de anotar además, que la declaración de Tomasa Rivera no tiene suficiente valor probatorio por tener parentesco con el procesado Juan Fabián, de quien dice ser cuñada (fl. 95). Y de las mismas declaraciones aducidas por el actor resulta que las lesiones ocurrieron dentro de una riña. Raimundo Mamian manifiesta en su declaración cómo de parte del lesionado Hoyos, hubo ofensas a Pipicano, por lo cual éste le reclamó y como en esos momentos alguien apagara la luz, principió la riña con todos los que se encontraban dentro de la sala de la casa de Túquerres.

Otro aspecto plantea el actor y es el de que en el término probatorio de la causa se produjeron otros testimonios de importancia a los cuales no se refirió el Tribunal, tales como Dámaso Túquerres, Ciprian Rivera y Mario García, con los que se demuestra la inocencia del procesado Pipicano o por lo menos una duda en su favor, pruebas éstas que el Tribunal no tuvo en cuenta al fallar. Que según el testigo Túquerres el posible autor de las lesiones a Hoyos es Eusebio Correa; que según el testigo Ciprian Rivera, el citado Correa es el autor de esas lesiones por así habérselo expresado el mismo Eusebio Correa al declarante. Que en igual sentido declara el testigo Mario García.

Pero de los testimonios aducidos por el recurrente, nada se establece sobre la inocencia del procesado Pipicano y la responsabilidad de Eusebio Correa en las lesiones. Tanto Ciprian Rivera como Mario García deponen sobre lo que le oyeron a Correa, afirmando haberles confesado éste ser el autor de las lesiones de Hoyos. Pero esto se encuentra contradicho con lo afirmado por Dámaso Túquerres cuando dice que en conversación con Correa al siguiente día de los hechos, éste apenas confesó haber descargado un machete sobre alguno de los Gómez Morcillo, pero sin determinar persona, y sólo por la indicación

del deponente, admite la posibilidad de que hubiera sido Rafael Hoyos en quien hiciera blanco en tal acción. De otro lado, éste señala de modo claro y preciso a Juan Fabián Pipicano como la persona que lo hiriera y esto encuentra corroboración en declaraciones como las de Silvestre Pipicano, quien afirma haber visto cuando Juan Fabián le tiró a Rafael Hoyos con peñilla, expresando éste que le había causado daño y evidentemente le chorreaba la sangre de la mano a Rafael Hoyos, y la de Primitivo Inchima quien declara en igual sentido que el anterior, fuera de otros elementos de prueba indicativos de que Pipicano y no Correa, fue el heridor de Hoyos.

En consecuencia, no obran en el expediente probadas las causales a que se refiere el actor, pues no se demostraron los requisitos esenciales que requiere el estado de provocación previsto por el artículo 28 del Código Penal.

Concepto del señor Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Penal solicita no se case la sentencia acusada, aduciendo razones de orden jurídico encaminadas a sostener que el procesado, como lo afirma el demandante, no obró en las circunstancias previstas por el artículo 28 del Código Penal, o sea en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación, y en cambio se deduce la modalidad de la riña; que no obra prueba concluyente de que fuera Eusebio Correa y no el procesado Juan Fabián Pipicano el responsable de las lesiones sufridas por Hoyos.

“Finalmente —agrega— cabe observar que el demandante omitió demostrarle a la H. Corte los requisitos esenciales que requiere el estado de provocación previsto por el artículo 28 del Código Penal, pues apenas se limitó a hacer el enunciado de su tesis, sin esfuerzo alguno por respaldarla con las pruebas del expediente”.

Sobre este último aspecto a que el señor Procurador se refiere, conviene recordar que no basta plantear la tesis, sino sustentarla adecuadamente, lo que no se tuvo en cuenta en el caso a estudio.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, de fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos cincuenta, por medio de la cual confirmó la del Juzgado Penal del Circuito de Bolívar del doce de julio del mismo año, en la que se impuso a Juan Fabián Pipicano y a Eusebio Correa, la pena principal de un año de presidio al primero, y tres meses de arresto al segundo, por el delito de lesiones personales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

REQUISITOS PARA QUE PUEDA CAMBIARSE LA RADICACIÓN DE UN PROCESO, POR PADECER EL SINDICADO DE ENFERMEDAD GRAVE — LA PRUEBA DE LA ENFERMEDAD DEBE SER EL CERTIFICADO DE LOS MEDICOS LEGISTAS, Y NO BASTA EL DE CUALQUIER MEDICO

El inciso 2º del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal autoriza al Gobierno para disponer que los sindicados o procesados por los delitos de la competencia del Juez Superior del Distrito Judicial, sean juzgados en otro distrito judicial distinto de aquel donde se cometió el delito, cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada, que exija el cambio de clima o de residencia del inculpado.

De conformidad con la doctrina reiterada en varios casos análogos, no es suficiente el certificado de médicos particulares para comprobar la enfermedad grave que padezca el procesado que exija el cambio de clima del inculpado, sino que es necesario el de los médicos legistas.

Por otra parte, no debe perderse de vista que el artículo 9º del Código de Régimen Carcelario y la Resolución Nº 162 de 1937, que reglamentó aquella norma, autorizan al Director General de Establecimientos de Detención y Pena para que, previo concepto del consejo de disciplina, del cual forma parte el médico, y aprobación del Ministerio de Justicia, un detenido pueda ser trasladado de un establecimiento a otro, del mismo o de distinto lugar, cuando se trata de detenidos que sufran enfermedades no graves y cuya duración y tratamiento requieren transitorio cambio de clima.

El cambio de radicación del proceso sólo puede tener lugar, pues, cuando se trate de la existencia plenamente comprobada de lesiones graves, incurables en determinados climas, como nefritis, tuberculosis, en estados avanzados, y especialmente lepra (que tiene legislación especial).

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

El señor Director del Departamento Jurídico del Ministerio de Justicia remite a la Corte la solicitud formulada por el doctor Marino López Lucas, quien en su carácter de apoderado de procesado Germán Alfredo Ordóñez, pide el cambio de radicación del proceso que contra este último se adelanta en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Buga, por los delitos de peculado y falsedad.

Corresponde a la Corte emitir su concepto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Código de Procedimiento Penal.

Las razones que expone para hacer ostensible la conveniencia de cambiar la radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado Segundo Superior de Buga en averiguación de la responsabilidad del procesado Germán Alfredo Ordóñez: sindicado de los delitos de peculado y falsedad, las enuncia el solicitante así:

“Las causas que justifican la solicitud de cambio de radicación en este expediente, son de carácter excepcional y graves porque afectan el estado de salud del sindicado a quien apodero

“Hago constar que el expediente lleva ya varios meses de instrucción y las últimas diligencias de instructiva pedidas por el H. Sr. Fiscal 2º Superior del Distrito Judicial de Buga ya se han practicado por el Juzgado del Circuito correspondiente y no se perjudica para nada la investigación.

“En virtud de lo expuesto ruego se tenga por hecha esta solicitud y, previo informe de la E. Corte Suprema de Justicia, se sirva acceder al cambio de radicación pedido para su juzgamiento del expediente en la ciudad de Bogotá, clima adecuado para la salud del sindicado.

“Así lo establece el dictamen de la pericia médica que recomienda el clima frío para el enfermo”.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintidos de mil novecientos cincuenta y dos.

Pruebas:

La solicitud viene acompañada de los siguientes documentos:

1º—Poder conferido por el procesado Germán Alfredo Ordóñez al doctor Marino López Lucas para que pida el cambio de radicación del proceso que contra Ordóñez se sigue en el Juzgado Segundo Superior de Buga por el delito de peculado.

2º—Las declaraciones de los señores Marino Bermúdez, Luis Martínez y Bárbara R. Ramírez, rendidas ante el señor Juez Municipal de Buga, a petición del procesado Ordóñez, en donde los testigos manifiestan transcribiendo la pregunta formulada, que les consta "por propia percepción que el peticionario ha tenido y tiene en la actualidad un ambiente decididamente hostil en la opinión pública de esta ciudad, fomentado por un sumario que se le instruye y que en la actualidad está radicado en el Juzgado Segundo Superior de Buga, en averiguación del supuesto delito de peculado con ocasión del empleo de habilitado de la escuela Normal Agrícola de esta ciudad, que el peticionario estuvo desempeñando".

3º—Un certificado del señor Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Buga, en el cual consta que el preso Germán Alfredo Ordóñez ha observado en la cárcel buena conducta y que la Dirección de la Cárcel le ha reservado cupo en un salón especial "destinado a los presos de consideración".

4º—Certificación de los facultativos doctores Jaime A. Rodríguez B. y Jorge Escamilla, de fecha primero de mayo del año próximo pasado, quienes examinaron al procesado Germán Alfredo Ordóñez encontrando que "padece una astenia de verano que le impide vivir en clima cálido; por tanto se aconseja radicarse en clima frío".

5º—Un certificado del señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Buga, en que consta que en dicho Juzgado cursa un sumario por los delitos de peculado y falsedad contra Germán Ordóñez Dueñas y Ramón Franky Rojas; que el procesado Ordóñez se encuentra detenido; y que el negocio, por su cuantía, es del conocimiento del Juzgado Superior.

Se considera:

El inciso 2º del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, autoriza al Gobierno para dis-

poner que los sindicatos o procesados por los delitos de la competencia del Juez Superior del Distrito Judicial, sean juzgados en otro Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito cuando el sindicato o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exija el cambio de clima o de residencia del inculcado.

De conformidad con la doctrina reiterada en varios casos análogos, no es suficiente el certificado de médicos particulares para comprobar la enfermedad grave que padezca el procesado que exija el cambio de clima del inculcado, sino que es necesario el de los médicos legistas.

Por otra parte, no debe perderse de vista que el artículo 9º del Código de Régimen carcelario y la Resolución N° 162 de 1937 que reglamentó aquella norma, autorizan al Director General de Establecimientos de Detención y Pena para que previo concepto del consejo de disciplina —del cual forma parte el médico— y aprobación del Ministerio de Justicia, un detenido pueda ser trasladado de un establecimiento a otro, del mismo o distinto lugar, cuando se trata de detenidos que sufran enfermedades no graves y cuya duración y tratamiento requieran transitorio cambio de clima.

La Corte ha conceptuado favorablemente en casos análogos; pero en ellos se comprobó plenamente la existencia de lesiones graves, incurables en determinados climas, como nefritis, tuberculosis, en estados avanzados y, especialmente lepra (que tiene legislación especial); y esa prueba plena ha faltado aquí en la forma que la ley exige, pues, ni de los certificados médicos se desprende la gravedad de la lesión sufrida por el detenido Ordóñez, ni la necesidad de un cambio de clima para recobrar la salud. Además, como ya se dijo, los médicos particulares no son los llamados a establecer esa clase de prueba.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación del proceso que por los delitos de peculado y falsedad se adelanta en el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Buga, contra el procesado Germán Alfredo Ordóñez.

Cópiese y devuélvanse las presentes diligencias al Ministerio de Justicia.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

1—Cuando en la comisión de un delito intervienen factores de carácter político, la exaltación pasional puede traducirse en hechos que sugieren la posibilidad de que la justicia sea influenciada por ese criterio perjudicial para que se administre rectamente, pues los funcionarios de la Rama Jurisdiccional o quienes por cualquier circunstancia tienen que intervenir en esa clase de procesos, pueden ser víctimas del influjo nocivo que predomina en el lugar en que debe juzgarse a los acusados. En estos casos, el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal debe tener cumplimiento efectivo, decretando el cambio de radicación, pero esa medida no se justifica con base en simples temores sin fundamento probatorio alguno, de que la administración de justicia pueda sufrir menoscabo, ora sea por la parcialidad de los funcionarios que intervienen en el proceso o por el ambiente perjudicial que domina en el lugar donde deba juzgarse al procesado, que dificulte el pleno ejercicio de los derechos de las partes.

2—La simple filiación contraria de los protagonistas de un delito no establece el origen político de éste.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá enero treinta de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia, remite a la Corte la solicitud formulada por el doctor Germán Cruz Perdomo para que se cambie de radicación el proceso que se adelanta en el Juzgado Primero Superior de Buga contra Bernardo Salazar de la Pava, por homicidio, a fin de que emita el correspondiente concepto en conformidad con lo dispuesto por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Como razones para sustentar su petición el mencionado Dr. Cruz Perdomo, aduce las siguientes:

a) Que el señor Bernardo Salazar de la Pava (alias mala vida), dio muerte violenta mediante disparos de arma de fuego, al señor Carlos Cruz Varela, esposo legítimo de su mandante el día veintiseis de diciembre de 1950, en el café "Galicia" de la ciudad de Tuluá;

b) Que desde el instante de la comisión del hecho, éste fue considerado por la opinión pública como resultado de la violencia política;

c) Que como consecuencia de esa especie de polarización política que el delito produjo en el ambiente social donde se perpetró, el procesado se vio desde los primeros instantes rodeado y asistido por las personas de la mayor influencia dentro de su partido, quienes lograron que los funcionarios encargados de la instrucción del proceso y de la custodia del reo, incurrieran en irregularidades que motivaron la intervención del Ministerio de Justicia; y

d) Que el siete de noviembre de 1951 se verificó ante el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Buga, la audiencia pública en la causa por homicidio contra Manuel Morales cometido en la persona de Anselmo Tascón, ambos vecinos de Tuluá y pertenecientes a distintos partidos políticos y la sola consideración política originada en la diferente filiación de los protagonistas, determinó que de la ciudad de Tuluá, se trasladaran a Buga, al recinto de la audiencia, grupos de gentes armadas y amenazantes con el propósito ostensible de secundar al apoderado de la parte civil que llevó la voz de la acusación contra el procesado, cuya vida se vio en peligro y el Juez tuvo que tomar algunas medidas de seguridad, terminando el acto a satisfacción de dicho grupo, con un veredicto condenatorio.

Con el objeto de acreditar las anteriores afirmaciones, el solicitante presenta los siguientes documentos:

1º—Un certificado del señor Juez Primero Superior de Buga y de su secretario, en el que estos funcionarios afirman, que en ese Juzgado se adelanta un sumario por homicidio contra Bernardo

Salazar de la Pava, en el cual aparece como occiso Carlos Cruz y actualmente se notifica el auto de proceder dictado contra aquel procesado; que el sumariado Salazar de la Pava, se encuentra detenido por razón de dicho negocio; que el homicidio fue cometido el veintiseis de diciembre de 1950, en el Café "Galicia" de la población de Tuluá y se está notificando el auto que concede el recurso de apelación contra el referido auto de proceder, interpuesto por el procesado y por el apoderado de la parte civil; y finalmente, que la señora Adelaida V. de Cruz viene ejerciendo la acción civil dentro de ese proceso;

2º Un memorial dirigido al señor Ministro de Justicia por la señora Adelaida V. de Cruz, por el cual confiere poder especial al doctor Germán Cruz Perdomo, a fin de que solicite el cambio de radicación de la causa criminal que se adelanta ante el Juzgado Primero Superior de Buga contra Bernardo Salazar de la Pava, por homicidio en la persona de Carlos Cruz V.;

3º Una certificación jurada del doctor Julio Romero Soto, Juez Primero Superior de Buga, expedida a solicitud del doctor Germán Cruz Perdomo, en la que manifiesta: que es verdad, que el día siete de noviembre del año pasado, se llevó a cabo la audiencia pública en la causa contra Manuel Morales, en la que aparecía como occiso Anselmo Tascón y que éste era vecino de Tuluá por la época de su muerte; que por ser el doctor Romero Soto, oriundo de Tuluá, donde residió largo tiempo supo que el occiso Tascón era de filiación conservadora y en cuanto a la filiación de su matador, tuvo conocimiento de que era liberal, porque así lo dedujo de la intervención del apoderado de la parte civil en la audiencia; que es cierto que el día en que se celebraba esta audiencia, a más de los asistentes que ordinariamente concurren a esos actos y que forman un personal conocido, se encontraba dentro del recinto, gran número de gentes a quienes por primera vez veía concurrir al Salón de Audiencias y que más bien ha visto en las poblaciones de San Pedro y Tuluá; que debido a la disposición y forma de la reja que separa al público del personal de la Audiencia y por los movimientos que hacía el público, a algunas personas se les abría el saco y pudo observar que tres de ellas, portaban al cinto revólveres, lo cual le extrañó, pues había dado orden al agente encargado de custodiar al procesado para que requisara a toda persona, distinta de los Jurados y demás funcionarios, que entraran al recinto donde se verificaba

la audiencia, y que es cierto que, gran parte del público asistente, demostraba su complacencia durante las intervenciones del apoderado de la parte civil doctor Morales, pero no se presentó incidente ninguno que lo obligara a hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 530 del C. de P. P.; que algunas personas, entre ellas el defensor del procesado, antes de iniciarse la audiencia, se le acercó y le dijo que abrigaba el temor de que su defendido fuera atacado y como en el curso de la sesión se le acercara el apoderado de la parte civil y le dijera que encontraba conveniente que el procesado fuera trasladado a un sitio distinto del que ocupaba, lo que corroboraba los temores del defensor, accedió a esa solicitud y ordenó colocar al procesado junto al sitio que él ocupaba como Juez, separándolo aproximadamente seis metros del público; finalmente, manifiesta que el veredicto del Jurado fue condenatorio y al ser leída la respuesta dada al cuestionario, se recibió con aplausos por parte de las personas presentes en el sitio ocupado por el público, y como el defensor del procesado y algunas personas, cuyos nombres no recuerda, le pidieran que demorara la salida del acusado del salón de las audiencias hasta tanto se disolvieran los grupos que habían formado en los pasillos del edificio, por el temor de que fuera atacado, accedió a esa petición;

4º El testimonio del doctor Antonio María Libreros, quien refiriéndose a su actuación como defensor de oficio de Manuel Morales, dice que cuando se dirigía al lugar de la audiencia, el día en que este acto se llevó a cabo, se le acercó un joven preguntándole que si él era el defensor de Morales y le dijo que era amigo de éste y venía a avisarle que los agentes de la violencia de Tuluá asistirían a la audiencia, debidamente armados con el fin de dar muerte al procesado en caso de que fuera absuelto, y ante tan grave revelación lo hizo concurrir ante el Juez, a quien comunicó los temores de dicho individuo a fin de que tomara las medidas conducentes y posteriormente, cuando se presentó en el local de la audiencia lo encontró atestado de gentes absolutamente desconocidas para el declarante y al penetrar al sitio señalado para la defensa, notó que el procesado no se encontraba en el sitio para él señalado, sino en el lugar próximo al asiento del Juez; que durante su primera intervención, todo el mundo guardó silencio, pero al final de su segunda intervención, no sabe si a causa de los apóstrofes e imprecaciones del Fiscal y del apode-

rado de la parte civil, porque las barras sí habían aplaudido aunque en tono menor, alcanzó a escuchar murmullos y expresiones de descontento y en la última parte de su intervención, notó que los Jurados no le ponían atención y en cambio miraban mucho a la barra;

5º La declaración del señor Alberto González, Secretario del Juzgado Primero Superior de Buga, quien dice que en este Juzgado se sigue un proceso por homicidio contra Bernardo Salazar de la Pava y que es cierto, que pocos días después de haberse notificado el auto de proceder dictado en ese negocio al señor Agente del Ministerio Público, éste se le acercó y le dijo, refiriéndose a ese proceso, "que ya en la calle le estaban dando carácter político", pues algunos conservadores habían llegado hasta él a recomendarle favorablemente la causa contra Salazar de la Pava;

6º Una certificación del Fiscal del Juzgado Primero Superior de Buga, quien refiriéndose a la declaración antes relacionada, afirma que es verdad que se oía la bola o cuento, a la cual no prestó importancia la Fiscalía, de que unos conservadores estaban interesados en el asunto de Salazar de la Pava, sin que a él se le hubiera manifestado qué conservadores estuvieran interesados, pues todo era cuestión de chismes o cuentos y que puede certificar, que tanto liberales como conservadores han recomendado a Salazar de la Pava, como persona honorable, pero nadie ha pretendido que el asunto le sea resuelto favorable o desfavorablemente;

7º Copia de las declaraciones de los señores León María Lozano y Jesús Milagros Alzate, sacadas del proceso contra Bernardo Salazar de la Pava por homicidio. El primero manifiesta, que en varias ocasiones fue a la ciudad de Cali a visitar a Carlos Valencia, detenido en la Tercera Brigada del Ejército Nacional y algunas veces en compañía de Carlos Cruz, quien era hermano de Valencia, y una de esas veces los acompañó Bernardo Salazar y cuando regresaban se acercaron a una tienda del camino a tomarse un trago y en la conversación, Cruz le lanzó a Salazar una expresión injuriosa como "tragón", dando a entender que habían tenido algún negocio y al avanzar la discusión, Cruz le alcanzó a nombrar la madre a Salazar diciéndole "hijueputa" y como el declarante era amigo de ambos, intervino para evitar un lance. El segundo, declara como testigo en los hechos en que resultó muerto Carlos Cruz y refiere que antes de los disparos de revólver,

hubo un incidente de palabra entre Cruz y Salazar de la Pava, en el que el primero le lanzó al segundo, estas frases: "qué te pasa godo hijueputa, de mala clase", "...para dónde vas, godo de mala clase, godo hijueputa, yo no sé por qué todos los godos son oligarcas hijueputas" y después el mismo Cruz, "zamarrió" a Salazar y le sacó del bolsillo una cosa negra y transcurridos más o menos de uno a dos minutos, se sintieron las explosiones;

8º Por último, se acompañan los testimonios de Blas Ocampo O. y Raúl Rengifo Marmolejo. El primero, dice que en Tuluá, el comentario general era el de que Salazar de la Pava había dado muerte a Cruz V. por asuntos meramente políticos, pues antes de la comisión de este hecho, se decía que el occiso estaba amenazado por Salazar de la Pava por cuestiones políticas; también afirma el mismo declarante, que hace unos dos meses en el "Bar Central" de Tuluá, escuchó la conversación que sostenía un grupo de personas acerca de la muerte del mencionado Cruz y que le pareció que trataban de ayudar económicamente a Salazar de la Pava. Rengifo Marmolejo, manifiesta que inmediatamente ocurrió la muerte de Cruz, la generalidad de las gentes decía que había sido motivada por asuntos de política y como el anterior declarante, también dice haber oído en el "Bar Central" de Tuluá, que unos ciudadanos conversaban sobre la muerte de Carlos Cruz y sobre la defensa de su matador Salazar de la Pava, de quien decían que había que ayudarle pecuniariamente.

Se considera:

Los documentos relacionados, se dirigen a demostrar que el homicidio en la persona de Carlos Cruz Varela, tuvo origen exclusivamente político y que en la ciudad de Buga, lugar donde se adelanta ese proceso, existe un ambiente social impropicio para que la justicia se administre en forma serena e imparcial, motivos por los cuales es conveniente el cambio de radicación solicitada.

Apreciadas dichas comprobaciones en el valor probatorio que realmente tienen, se encuentra que ellas no acreditan en forma concluyente los hechos en los cuales el apoderado de la parte civil, fundamenta su solicitud. En primer término, el origen político del homicidio en cuestión, no aparece acreditado, porque la sola filiación contraria de los protagonistas no le da al hecho criminal esa modalidad. Bien pudo ocurrir que entre ellos existiera otra clase de diferencias, pues

a juzgar por lo que dicen los declarantes Lozano y Milagros Alzate, el occiso Cruz Varela y su matador Salazar de la Pava, eran amigos y estando dedicados a ingerir bebidas embriagantes, surgieron diferencias entre ellos que motivaron los hechos. De otro lado, el dicho de los exponentes Ocampo O. y Rengifo Marmolejo, de que el homicidio tuvo origen político, así como sus demás afirmaciones, son muy vagas e insuficientes como pruebas de convicción en tal sentido, ya que se basan en simples rumores callejeros y en haber oído de personas a quienes no citan con sus nombres y apellidos, que expresaban la conveniencia de ayudar pecuniariamente al procesado en su defensa.

La afirmación que el secretario del Juzgado Primero Superior de Buga, pone en boca del Fiscal del mismo Juzgado, de que a ese homicidio ya se le estaba dando carácter político, porque algunos conservadores le habían recomendado favorablemente la causa de Salazar de la Pava, no tuvo confirmación de parte de dicho Fiscal, ya que, éste dice en certificación jurada, que se trataba de simples chismes callejeros; que sólo era verdad, que tanto liberales como conservadores le habían recomendado a Salazar de la Pava como persona honorable.

El antecedente que aduce el apoderado de la parte civil, como hecho demostrativo del ambiente social de la ciudad de Buga, cuando se verificaron las audiencias en el proceso seguido contra Manuel Morales por la muerte de Anselmo Tascón, sólo es demostrativo de que al juicio público en ese proceso, concurrió un grupo de gentes vecinas de otros municipios interesadas en la condenación del matador, pero no acredita que hubieran coaccionado física ni moralmente a los Jueces de conciencia para que dieran un veredicto contrario a la evidencia de los hechos ni tampoco que por esa causa las partes no hubieran podido hacer uso de los derechos conferidos por la Constitución y la ley ni disfrutar de las garantías necesarias para ejercitar esos derechos.

De otro lado, ese antecedente no dice relación al caso de autos, porque hasta ahora el proceso sigue su curso normal, sin que los funcionarios que intervinieron en él hayan encontrado dificultades en el cumplimiento de sus deberes legales y tan cierto es esto, que el procesado se encuentra detenido preventivamente, se le dictó auto de

13—Gaceta

proceder de primera instancia y se surten los trámites legales para la revisión de esta providencia por el Tribunal, por haber interpuesto las partes el recurso de apelación.

La Corte no desconoce que cuando en la comisión de un delito intervienen factores de carácter político, la exaltación pasional puede traducirse en hechos que sugieren la posibilidad de que la justicia sea influenciada por ese criterio perjudicial para que se administre rectamente, pues los funcionarios de la rama jurisdiccional o quienes por cualquier circunstancia tienen que intervenir en esa clase de procesos, pueden ser víctimas del influjo nocivo que predomina en el lugar en que debe juzgarse a los acusados. En estos casos, el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal debe tener cumplimiento efectivo el cambio de radicación, pero esa medida no se justifica con base en simples temores sin fundamento probatorio alguno, de que la administración de justicia pueda sufrir menoscabo ora sea por la parcialidad de los funcionarios que intervienen en el proceso o por el ambiente perjudicial que domina en el lugar donde deba juzgarse al procesado, que dificulte el pleno ejercicio de los derechos de las partes.

Por lo tanto, la Sala no encuentra por ahora bases suficientes para emitir concepto favorable al cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado Primero Superior de Buga contra Bernardo Salazar de la Pava, por el delito de homicidio en la persona de Carlos Cruz Varela.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— emite concepto desfavorable, por ahora, al cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado Primero Superior de Buga contra Bernardo Salazar de la Pava, por el delito de homicidio.

Cópiese y remítanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez.

Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE CONCUSION

La concusión consiste en la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público. Esa figura radica en un abuso de autoridad, mediante el cual se suscita en la víctima un temor, o también un error, encaminado a que dé o prometa algo que no debe. Por lo tanto, son elementos esenciales del delito, los siguientes: el abuso de poder (que es el medio); y la entrega o simple promesa de dineros o de cualquier otra utilidad (que es el fin). En la concusión, el sujeto pasivo del ilícito entrega o promete la cosa, para librarse del perjuicio que le amenaza, proveniente del funcionario o empleado público; obra determinado por un temor o una contricción psíquica que le vicia el consentimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero primero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, consulta su providencia de fecha treinta de abril del año próximo pasado, por medio de la cual declaró que en las presentes diligencias no se configuraba ningún delito, y por tanto, ordena cesar todo procedimiento seguido contra el señor Miguel Muñoz O., acusado del delito de concusión ocurrido durante el desempeño de sus funciones como Juez Civil del Circuito de Armenia.

Agotada la tramitación correspondiente a la segunda instancia y recibido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, procede la Corte a revisar el fallo consultado.

La señorita Susana Vallejo, presentó denuncia ante el Tribunal Superior de Pereira, contra el señor Miguel Muñoz, Juez interino del Circuito Civil de Armenia, por el delito de concusión. Refiere la denunciante que siendo ella Oficial Es-

cribiente del Juzgado Civil del Circuito de Armenia, devengaba como tal un sueldo mensual de doscientos diez pesos (\$ 210.00), los cuales no le eran entregados satisfactoriamente como era lo correcto, sino que en varias ocasiones el señor Miguel Muñoz, quien era el Juez encargado, le retuvo diferentes sumas de manera ilegal, sin que hubiera hecho caso a sus reclamos. Así por ejemplo —afirma la señorita Vallejo— que durante los meses de junio y julio, únicamente recibió la suma de ciento sesenta pesos (\$ 160.00), o sea ochenta pesos por mes, y en el mes de agosto solamente se le entregaron cincuenta pesos (\$ 50) correspondientes a la primera quincena, sin que ella supiera el motivo por el cual el señor Juez, funcionario encargado de distribuir los sueldos a los empleados subalternos, le retenía el resto de sus asignaciones mensuales.

Para probar la calidad de empleado público que como funcionario de la rama jurisdiccional, tenía el señor Miguel Muñoz por la época a que se refiere la denuncia, se allegaron a la investigación las copias del Acuerdo por medio del cual se le designó para que ejerciera las funciones de Juez Civil del Circuito de Armenia, en calidad de interino, y la correspondiente diligencia de posesión. De igual modo, se acreditó el carácter oficial, que como Oficial Escribiente del mismo Juzgado, tenía la señorita Susana Vallejo.

Levantada la correspondiente investigación, nada en concreto pudo establecerse en contra del presunto sindicado, pues en los autos no obra más que el dicho de la denunciante, el cual no tiene respaldo ninguno, sino que por el contrario ha quedado desvirtuado con declaraciones de testigos que merecen pleno crédito.

Sobre el particular, aparece la declaración rendida por el señor José Martínez Franco, Secretario del Juzgado, quien en forma clara y precisa relató la manera como se distribuían los sueldos entre los empleados del Juzgado, repartición que hacía el señor Horacio Alzate encargado de tal labor, y quien entregaba al personal lo que le correspondía sin que nunca se hubiera presentado ningún reclamo por parte de sus compañeros. Al ser interrogado sobre lo afirmado por la de-

nunciante manifestó no ser cierto lo dicho por ésta ya que "por el contrario a dicha señorita se le entregaba su sueldo completo cumplidamente cuando se recibía cada quincena". De esta manera, el declarante afirma que nunca hubo reclamo y menos por parte de la señorita Vallejo, a quien únicamente se le descontó la tercera parte de su sueldo el primer mes que entró a desempeñar el cargo que ocupaba, como aporte de afiliación a la Caja Nacional de Previsión, descuento que es legal de acuerdo con la ley y como es de rigor hacerlo con todo empleado que entra por primera vez, pero a pesar de esto la señorita Vallejo se disgustó, hasta que él mismo le explicó la causa por la cual se le hacía tal deducción.

Lo dicho por el declarante Martínez Franco, se confirmó con las declaraciones de Manuel Valencia Arias y Humberto López Murillo, testigos que al igual que el anterior estaban al tanto de todo lo que ocurría en el Juzgado y por tanto pudieron darse perfecta cuenta de lo sucedido.

Según se deduce de las piezas probatorias traídas al proceso, la denuncia presentada por Susana Vallejo contra el señor Miguel Muñoz, por la supuesta retención de parte de los sueldos devengados por ella como empleada del Juzgado que tenía Muñoz a su cargo, parece que se debió a "un desahogo de venganza" —cómo lo dice el colaborador— ya que la denunciante guardaba cierto rencor contra el Juez acusado, debido a que éste encontró entre un bolso de propiedad de la señorita Vallejo, un estilógrafo que había desaparecido de su escritorio mientras él se retiró a tomar un tinto. Parece que éste fue el hecho que provocó la reacción de la denunciante quien se sintió ofendida al ver que en su poder fue hallado el objeto sustraído, y quien al no encontrar otra defensa procedió a formular contra su superior los cargos que anteriormente quedaron narrados.

En esta forma la Corte considera que en realidad en el expediente no obra prueba ni declaración alguna que comprometa al funcionario acusado o lo señale como responsable de las acusaciones que en su contra se formularon, y por otra parte, comparte el concepto emitido por el señor Procurador Delegado en lo Penal, del cual se transcribe lo siguiente:

"Por otra parte, está acreditada la corrección y gran solvencia moral del Juez señor Muñoz, con el propio aserto del Tribunal en el fallo que se revisa. Allí se dice que el señor Muñoz es un caballero "a quien rodean múltiples virtudes,

tantas, como para que sin tener un título profesional y por ello en forma interina, el Tribunal le ha encargado la custodia y dirección, en varias ocasiones, de un tan delicado puesto como lo es el Juzgado del Circuito en ciudad de tanta importancia como la de Armenia". (fs. 30).

"Además, llama la atención el hecho de que la señorita Vallejo sólo le hiciera el reclamo al Juez sobre el fraccionamiento ilícito del sueldo, el preciso día en que se le encontró dentro del bolso el estilógrafo del señor Muñoz, como ella misma lo reconoce al folio 15 v.

"La concusión —que tal sería el calificativo jurídico del hecho averiguado— consiste en la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público. Esa figura radica en un abuso de autoridad, mediante el cual se suscita en la víctima un temor, o también un error, encaminado a que dé o prometa algo que no debe. Por lo tanto, son elementos esenciales del delito, los siguientes: el abuso de poder —que es el medio; y la entrega o simple promesa de dineros o de cualquier otra utilidad— que es el fin. En la concusión, el sujeto pasivo del ilícito entrega o promete la cosa para librarse del perjuicio que le amenaza, proveniente del funcionario o empleado público; obra determinado por un temor o una contricción psíquica que le vicia el consentimiento.

"En el presente caso, ni siquiera la propia denunciante ha afirmado que el Juez empleara contra ella una amenaza, o le hiciera surgir un temor, al no darle parte del sueldo; mucho menos se estableció que el funcionario participara, indebidamente, de la asignación que le correspondía a la señorita Vallejo. En una palabra la inocencia del sindicado es manifiesta".

En virtud de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA en todas sus partes la providencia materia de la consulta.

Por el señor Juez del conocimiento, se sacará copia de lo conducente para que se averigüe la responsabilidad en que hubiera podido incurrir la denunciante, señorita Susana Vallejo, por el delito de falsas imputaciones hechas ante las autoridades.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vázquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CUAL ES LA OPINION QUE CONFIGURA CAUSAL DE IMPEDIMENTO Y DE RECUSACION

Para que prospere la causal de recusación prevista en la parte final del inciso 4º del artículo 73 del C. de P. P., es necesario que la opinión se refiera a un aspecto sustancial del proceso, como lo es, por ejemplo, aquella en virtud de la cual se da concepto sobre el mérito de las diligencias sumarias, o cuando se ha intervenido en una providencia en que se llama a responder en juicio al procesado, ya que en estos casos necesariamente se hace un estudio a fondo de la situación jurídica del juicio, que implica el análisis de los elementos estructurales del delito y de la responsabilidad de los autores o partícipes.

En otros términos, para que pueda entenderse en qué consiste la opinión que se traduce en impedimento, es necesario que se produzca ésta en una providencia en donde el Juez sostenga tesis sustanciales del proceso, de tal suerte que su decisión implique para el funcionario una determinada orientación jurídica o judicial que lo comprometa en sus opiniones, en sus juicios y conceptos, de modo que, de sobrevenir alguna circunstancia que lo convierta en fallador en ambas instancias sea incapaz de modificar aquel criterio, por estar íntimamente vinculado a él; que su imparcialidad sufra mengua y su espíritu no tenga la suficiente libertad para juzgar sin sujeción a un prejuicio o a un preconcepto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero doce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Por providencia visible a folios 25 a 49 del cuaderno número 16, el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, profirió au-

to de proceder contra José Manuel Pineda y otros, por los delitos de homicidio y fuga.

Cuando el expediente se hallaba en el Tribunal Superior por razón de apelación interpuesta contra dicha providencia, el Magistrado ponente doctor Jesús María Fontalvo Fontalvo manifestó que por haber actuado en él como Fiscal del Tribunal, se declaraba impedido para conocer, disponiendo en consecuencia que pasara el proceso al Magistrado que le siguiera en turno.

El resto de la Sala no accedió a declarar separado del conocimiento al doctor Fontalvo Fontalvo y dispuso remitir el negocio a la Corte para los fines legales consiguientes.

De autos aparece que el doctor Fontalvo Fontalvo intervino en el proceso como Fiscal Primero del Tribunal Superior de Barranquilla, en los recursos que ante dicha entidad se surtieron contra la providencia que revocó el auto de detención de uno de los procesados y en las relativas a libertad provisional de otros (cuadernos 3, 4, 5 y 12).

Se considera:

De acuerdo con la parte final del inciso 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal aplicable al caso, es causal de recusación haber dado consejo o manifestado opinión sobre el asunto materia del proceso.

Mas, para que la causal prospere, es necesario, como en otros casos similares lo ha expresado la Corte, que la opinión se refiera a un aspecto sustancial del proceso, como lo es por ejemplo aquella en virtud de la cual se da concepto sobre el mérito de las diligencias sumarias, o cuando se ha intervenido en una providencia en que se llama a responder en juicio al procesado, ya que en estos casos, necesariamente, se hace un estudio a fondo de la situación jurídica del juicio que implica el análisis de los elementos estructurales del delito y de la responsabilidad de los autores o partícipes.

En otros términos, para que pueda entenderse en qué consiste la opinión que se traduce en im-

pedimento, es necesario que se produzca ésta en una providencia en donde el Juez sostenga tesis sustanciales del proceso, de tal suerte que su decisión implique para el funcionario una determinada orientación jurídica o judicial que lo comprometa en sus opiniones, en sus juicios y conceptos, de modo que de sobrevenir alguna circunstancia que lo convierta en fallador en ambas instancias, sea incapaz de modificar aquel criterio por estar íntimamente vinculado a él, que su imparcialidad sufra mengua y su espíritu no tenga la suficiente libertad para juzgar sin sujeción a un prejuicio o a un preconcepto.

En las condiciones que se dejan expresadas no se encuentra el Magistrado doctor Fontalvo Fontalvo, ya que las opiniones que dio en este expediente lo fueron con referencia a providencias en que no se cumplen tales exigencias, como son las relativas a detención y libertad provisional del procesado, fuera de que la actuación del Magistrado no lo había sido en una instancia diferente, como lo sería por ejemplo en el Juzgado del conocimiento, sino en el propio Tribunal, auncuando fuerza es reconocerlo, actuaba en condiciones diversas al cargo que en la actualidad desempeña.

No se cumple pues, la causal de recusación prevista en el inciso 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, ni otra en que legalmente se encuentre impedido el Magistrado doctor Fontalvo Fontalvo para conocer de este proceso.

La Corte insiste en la doctrina contenida en esta providencia y considera que es hora de no demorar la realización de la justicia con pretextos de esta clase, como ha venido sucediendo con el funcionario cuyo impedimento se resuelve.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECIDE: que el señor Magistrado doctor Jesús María Fontalvo Fontalvo, no está impedido para conocer del proceso que cursa en contra de José Manuel Pineda y otros por los delitos de homicidio y fuga, en el Tribunal Superior de Barranquilla.

Cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

**Luis Gutiérrez Jiménez. — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.**

RECURSO DE REVISION

En relación con la causal tercera, en la demanda no se enuncia ni se alega que el sentenciado hubiera sido condenado con base en alguna prueba falsa y que ella hubiera determinado esa condena. En esas condiciones, hay ausencia total de razones o motivos que den fundamento para que la Corte entre a estudiar a fondo esa causal, y como, de otro lado, no se puede proceder de manera oficiosa, dado que el recurso de revisión no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario, establecido por la ley para garantizar la inocencia de las personas injustamente sentenciadas, acreditando que éstas no cometieron el hecho imputado y sancionado por el estatuto punitivo, lógicamente se concluye que la mencionada causal es absolutamente inoperante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero quince de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El doctor Julio César Enríquez, en representación del sentenciado Desiderio Unigarro, ha propuesto el recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas de fechas doce de abril de mil novecientos cuarenta y ocho y diez de septiembre del mismo año, dictadas por el Juez 2º Superior de Pasto y por el Tribunal Superior de la misma ciudad, respectivamente, en las cuales se le condenó por los delitos de falsedad en documentos y estafa a las penas principales de tres años, tres meses de presidio y quince meses de prisión.

El recurso ha sido tramitado en conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal y el señor Procurador Delegado en lo Penal, emitió el concepto respectivo.

Los ilícitos por los cuales fue declarado responsable Desiderio Unigarro tuvieron consumación en la población de Puerres, departamento de Na-

riño en el tiempo comprendido entre el ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y el veintiseis de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno. Tales hechos aparecen narrados por el Tribunal Superior de Pasto, en la siguiente forma:

“El señor Gobernador del Departamento, mediante Decreto N° 662 de 2 de noviembre de 1939, designó como Notario Titular del Circuito de Puerres a Desiderio Unigarro, quien, en ejercicio de su cargo dejó de autenticar con su firma y rúbrica algunas de las escrituras ante él otorgadas, y luego después, procedió a expedir copia de aquellos títulos haciendo en ellas aparecer como si los originales estuvieran autorizados por él. No fue esto solo, sino que, luego de percibir el susodicho Notario de quienes otorgaban las escrituras, el dinero suficiente para obtener las boletas de Registro y Paz y salvo, aseverando que esa misma oficina Notarial se las expedía, se apropió de los dineros así recaudados y a los protocolos adjuntó simples papeles con las leyendas que suelen expedir las referidas boletas y sin firma de persona alguna.

“Al conocimiento de la autoridad departamental llegó bien pronto la irregular actuación de Unigarro y fue así como el señor Auditor de la Contraloría Departamental le practicó visita de 26 de noviembre de 1941, y habiendo encontrado en los protocolos notariales las irregularidades ya descritas, las hizo constar en forma detallada en el acta que de su visita extendió”.

El apoderado del sentenciado Unigarro, en la demanda que obra en los autos, dice que su representado venía desempeñando el cargo de Notario Público del Circuito de Puerres y a raíz de una visita que le practicó la Contraloría Departamental, se ordenó iniciar investigación sumaria en su contra por los delitos de falsedad en documentos y estafa, como consecuencia de las irregularidades que se hicieron patentes en dicha visita y luego se le llamó a juicio por esos delitos; que luego el Juzgado Superior, al dictar sentencia de primera instancia, condenó al nombrado Unigarro a trece meses de prisión por el delito de estafa y lo absolvió por la falsedad, pero posteriormente el Tribunal reformó esa sentencia, ele-

vando esa pena a quince meses y al mismo tiempo, adicionó el fallo con la condena a tres años, tres meses de presidio, por el delito de falsedad en documentos. Agrega que, la base de los fallos se concretan en dos hechos: a) Que el sentenciado expedía copias de escrituras, no firmadas por él, como Notario; y b) Que percibía de los interesados, valores por boletas de registro, sin que esos valores ingresaran al Tesorero o Agente de Rentas de Puerres. Dice que hay declaraciones de que el Recaudador de las Rentas Departamentales, quizá por la poca afición a los deberes de su cargo, facultaba a sus ayudantes e incluso al sentenciado, para expedir y aún firmar esas boletas de Registro que debían agregarse a las escrituras corridas en la Notaría de Puerres, pero que aquél desatendió su defensa y por eso, pide la revisión del proceso, con fundamento en lo dispuesto por los ordinales 3º y 5º del artículo 577 del Código de Procedimiento Penal.

Como pruebas presentó el demandante las declaraciones extrajuicio de los señores Daniel León, Jorge Obando, Jorge Cortés P. y Parménides López Maya, que en el término de prueba fueron ratificadas.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, examina las causales alegadas por el actor. En relación con la causal tercera, manifiesta que éste no enuncia siquiera levemente, cuál fue la prueba falsa que tuvieron en cuenta los sentenciados y que determinó la condena del reo, es decir, que hay carencia absoluta de materia para hacer un estudio de fondo en tal sentido y la Corte no puede hacerlo oficiosamente, porque no se trata de una tercera instancia, sino de un recurso extraordinario. Y en lo que respecta a la causal quinta, afirma el mismo funcionario que como hecho nuevo no conocido al tiempo de los debates, el abogado del sentenciado aduce el referente a que éste fue autorizado por el Recaudador de Rentas Departamentales para expedir y firmar boletas de registro y acompañando las declaraciones de los testigos ya mencionados, pero que no sustenta la inocencia de Unigarro respecto del delito de falsedad y sólo se refiere al delito de estafa, alegando que tenía autorización para extender las boletas de registro. Agrega que, sobre este particular llama la atención que siendo un hecho tan importante para la defensa, el sentenciado no lo hubiera manifestado desde el principio de la investigación y sólo viene a alegarlo después de su condena y para el sólo efecto del recurso de revisión y que igualmente llama la

atención, que no hubiera solicitado el testimonio del Ex-Agente de Rentas señor Eloy Recalde, con el cual hubiera podido establecer la verdad de si había habido o no autorización de su parte para que el Notario expidiera las boletas de registro.

También sostiene el señor Procurador Delegado en lo Penal, que aunque se aceptara que hubiera recibido dicha autorización, la inocencia de Unigarro no está demostrada, porque su obligación era la de recibir el dinero y entregarlo al Agente de Rentas para que autenticara el documento y precisamente el delito imputado y reprimido consistió en haberse apropiado de esos dineros y dejar de llevar al Agente de Rentas o al amanuense Daniel León las boletas de registro para que fueran firmadas y lo que se incorporó en las escrituras eran unos esqueletos o simples papeles con las leyendas en que se suelen expedir las boletas y sin firma de persona alguna y si a esto se añade que no sólo expedía las boletas en mención, sino las de Paz y Salvo, para lo cual no ha dado prueba alguna de que tuviera autorización del Administrador de Hacienda Nacional, ello confirma plenamente la delincuencia del sentenciado.

Concluye la Procuraduría, sosteniendo que las causales alegadas deben rechazarse y es de concepto, que la Corte niegue la revisión demandada por el apoderado del precitado Desiderio Unigarro.

Se considera:

Ya se ha dicho que las causales de revisión alegadas por el demandante, son la 3ª y 5ª del artículo 571 del C. de Procedimiento Penal. Se procede a examinar separadamente cada una de tales causales.

Causal tercera. "Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

En relación con esta causal, como lo anota la Procuraduría, en la demanda no se enuncia ni se alega que el sentenciado hubiera sido condenado con base en alguna prueba falsa y que ella hubiera determinado esa condena. En estas condiciones, hay ausencia total de razones o motivos que den fundamento para que la Corte entre a

estudiar a fondo esa causal y como de otro lado, no se puede proceder de manera oficiosa, dado que el recurso de revisión no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario establecido por la ley para garantizar la inocencia de las personas injustamente sentenciadas, acreditando que éstas no cometieron el hecho imputado y sancionado por el estatuto punitivo, lógicamente se concluye que la mencionada causal es absolutamente inoperante.

Causal quinta. "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

El actor alega como hecho nuevo, desconocido al tiempo de juzgar al sentenciado, el consistente en que éste fue autorizado por el Recaudador de Rentas Departamentales de Puerres para expedir y firmar boletas de Registro. En orden a probar este hecho, como ya se ha dicho, acompañó las declaraciones extrajuicio de Daniel León, Jorge Obando, Jorge Cortés P. y Parménides López Maya, que posteriormente en el término de prueba fueron ratificadas.

El testigo León, dice que fue ayudante o trabajador particular del señor Eloy Recalde, cuando éste desempeñaba el cargo de Agente de Rentas del Municipio de Puerres y lo facultó a él y al Notario de entonces señor Unigarro, para que cuando se presentaran personas a extender escrituras y no llevaran las boletas de Registro, las extendieran el uno o el otro, recibiendo su valor respectivo, que luego debía entregarse al Agente de Rentas, quien procedía a poner su firma en tales boletas, especialmente en aquellas agregadas a las escrituras extendidas en Iles o en otros lugares del Circuito Notarial.

Jorge Obando, manifiesta que es verdad y le consta, que siendo Agente de Rentas Eloy Recalde, cuando éste se hallaba ausente, tenía facultado a Daniel León para que expidiera las boletas de Registro para las escrituras y cuando el declarante fue Notario, trajo de Iles algunos valores de boletas de Registro que entregó al mencionado León a fin de que extendiera las boletas correspondientes.

Jorge Cortés Pérez, afirma que el señor Eloy Recalde, cuando él desempeñaba el cargo de No-

tario no lo facultó para expedir boletas de Registro y si alguna aparece extendida con su letra, fue porque hacía la liquidación a instancias de Recalde, quien ponía la firma y que le parece que también Daniel León las autorizaba por dicho sujeto.

Finalmente, el testigo Parmenides López Maya, refiere que es verdad y le consta de manera personal que cuando Desiderio Unigarro desempeñó el cargo de Notario de Puerres, fue autorizado por el Agente de Rentas en ese entonces señor Eloy Recalde, para extender boletas de Registro, previo el pago del valor correspondiente y que luego de extendidas, eran firmadas por Recalde o por el amanuense Daniel León.

De las declaraciones antes relacionadas, sólo las de Daniel León y Parménides López, se refieren al hecho que pretende establecer el demandante. De acuerdo con ellas, habría que reconocer que el Agente de Rentas de Puerres señor Recalde, autorizó al Notario Unigarro para extender boletas de registro en algunas de las escrituras que ante él se otorgaban, las cuales eran firmadas posteriormente por dicho Agente de Rentas o por su amanuense señor León, previa la entrega de los dineros recaudados por ese concepto.

En las providencias dictadas por los juzgadores de instancia se enumeran las escrituras respecto de las cuales se realizaron los ilícitos de falsedad en documentos y estafa y también existe la constancia de que la Contraloría Departamental, dedujo al sentenciado un alcance por valor de treinta y nueve pesos con nueve centavos (\$ 139.09) moneda corriente.

En el libelo, no se sustenta la causal quinta en lo atinente al delito de falsedad documentaria, pues a este respecto el demandante guarda completo silencio. Por eso, la Corte se abstiene de todo estudio relacionado con esa infracción.

La demanda se dirige a demostrar la inocencia del sentenciado en lo tocante al delito de estafa, en cuanto se le imputó el hecho de haber expedido boletas de registro sin autorización del Agente de Rentas y haberse apropiado de los dineros provenientes del cobro de tal impuesto. Los testimonios aducidos por el representante de Unigarro, podrían tener valor en cuanto a la circunstancia de haber procedido a expedir esa boleta con autorización del mencionado Agente de Rentas, pero no hacen desaparecer el aprovechamiento ilícito resultante del cobro del impuesto de registro.

Aún con respecto a la autorización para expedir

las precitadas boletas de registro, la prueba testimonial en cita no es completamente satisfactoria, pues son aceptables los reparos que la Procuraduría hace a los testimonios producidos en tal sentido. De otro lado, aunque se diera completa creencia a tales declaraciones, ello sólo querría decir que el delito cometido por el sentenciado habría sido el de abuso de confianza y no el de estafa, puesto que es un hecho plenamente demostrado que Unigarro se apropió en provecho propio los dineros que se le entregaron por un título no traslativo de dominio y por concepto del cobro de impuestos de registro.

En las condiciones anotadas en los apartes anteriores, la inocencia o irresponsabilidad del sentenciado Unigarro no aparece establecida, puesto que el hecho alegado y que se ha tratado de demostrar para acreditar esa inocencia o irresponsabilidad, no lo coloca en esta situación jurídica y consecuentemente, la causal alegada no puede prosperar.

Por consiguiente, no apareciendo del proceso que sea falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar la condenación del sentenciado ni existiendo hechos nuevos o pruebas no

conocidas al tiempo de su juzgamiento que establezcan su inocencia o irresponsabilidad o que constituyan indicios graves de esta situación, no es el caso de ordenar la revisión del proceso que ante el Juzgado Superior de Pasto y ante el Tribunal de la misma ciudad se siguió a Desiderio Unigarro por los delitos de falsedad en documentos y estafa.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión del proceso que ante el Juzgado Segundo Superior de Pasto y ante el Tribunal Superior de la misma ciudad, se siguió contra el ex-Notario de Puerres señor Desiderio Unigarro, en el cual fue sentenciado por los delitos de falsedad en documentos y estafa, a las penas de tres años, tres meses de presidio y quince meses de prisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente por conducto del Tribunal Superior de Pasto, al Juzgado Segundo Superior de esta ciudad.

**Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.**

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS PARA CONOCER DE UN PROCESO CONTRA UN OFICIAL DE LA POLICIA NACIONAL QUE PRESTABA SERVICIOS DENTRO DEL CUERPO DE LA POLICIA MILITAR

Los civiles a que se refiere el Código Penal Militar de 1945 (ordinal a), numeral 1º, artículo 7º) son los particulares que, sin tener la calidad de militares, desempeñan oficios administrativos en las organizaciones militares, pero no los Miembros del Cuerpo de la Policía Nacional, cuyas actividades son distintas a las de los civiles a que se refiere la Ley 3 de 1945.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero diez y nueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Corte decide, mediante este auto, la colisión de competencias promovida por el Juez 3º del Circuito Penal de Bogotá al Juez 1º Superior de la Tercera Brigada, en el proceso contra el Teniente 2º de la Policía Nacional Marco Vinicio Prieto, acusado de violación de domicilio, abuso de autoridad y lesiones personales en Guillermo Fonseca y María Luisa de Fonseca, cometidos en esta ciudad la mañana del seis de abril de mil novecientos cuarenta y nueve.

Las razones que se expusieron, ya por el procesado, ya por los mencionados Jueces —y que aquí se resumen— son las siguientes:

a) La del procesado, según la cual su juzgamiento —de acuerdo con el ordinal a), numeral 1º, artículo 7º, Ley 3ª de 1945— compete a la Justicia Penal Militar, ya que como miembro de la Policía Nacional —que es de carácter civil— prestaba sus servicios a la Policía Militar;

b) La del Juez del Circuito Penal, funcionario quien, además de la tesis del procesado, añade la de que el hecho imputado al Teniente Prieto “fue —dice textualmente— una función desplegada en razón de sus funciones militares”, ya que “se trataba de impedir algo que se creía iba directamente contra la seguridad pública aunque

así no resultase a la postre, puesto que aquel aceite iba destinado por su dueño y por sus conductores a menesteres de panadería inocente”. (Se refiere equivocadamente a otro proceso contra Prieto);

c) La del Juez 1º Superior Militar, funcionario que —después de registrar la confusión entre dos procesos distintos contra Prieto, en que incurrió el Juez del Circuito Penal— reafirma la de que, perteneciendo aquél al organismo nacional de policía, el juzgamiento —de conformidad con el Decreto 1231 de 1951, que sustituyó al Nº 1534 de 1950— corresponde a la justicia ordinaria.

La competencia está atribuida a ésta, por los motivos legales que a continuación se resumen:

a) El procesado Marco Vinicio Prieto Reyes, por cuanto aprobó el curso reglamentario en la Escuela de Policía “General Santander” y llenó los demás requisitos legales, fue nombrado mediante Decreto 2331 de 1948 (julio 13), Teniente 2º de la Policía Nacional, cargo del cual tomó posesión ante el Director General el día veintidos de los mismos mes y año;

b) El día seis de abril de mil novecientos cuarenta y nueve (día del delito) —según certificado del Jefe de Personal de aquel cuerpo— “prestaba sus servicios en la VI Compañía de la División Bogotá”;

c) Los miembros de la Policía Nacional, como el Teniente Prieto, los juzgaba la justicia penal ordinaria, no obstante la facultad que el Gobierno —mediante Decretos Extraordinarios (1268, 1773, 2034 y 4150 de 1948, y 2136 de 1949)—, dio al Ministerio de Guerra para asumir la vigilancia y garantía del orden público donde fuera indispensable;

d) Posteriormente —mediante Decreto 1530 de 1950 (mayo 9)— el Gobierno atribuyó a la Justicia Militar (Consejos de Guerra Verbales) el juzgamiento de los miembros de los cuerpos armados de la Policía que en actos del servicio o fuera de ellos cometieren cualquier delito de los señalados en el Título VIII, Libro II del Código

Penal Militar y en el Título XV, Libro II del Código Penal;

e) Mediante el Decreto 1231 (junio 1º) de 1951, se estableció que “a partir del día quince de los mismos mes y año, la justicia penal militar sólo conocería de los delitos que le hubieran sido atribuidos por el Código de la materia”, no obstante lo cual aquella justicia “seguiría conociendo hasta su terminación y por el procedimiento especial vigente, de todos aquellos procesos en que al entrar a regir tal disposición se hubiera ya convocado Consejo de Guerra” (entre los cuales no está el iniciado contra el Teniente Prieto);

f) Esta norma, siendo —como es— de carácter procedimental, su aplicación es inmediata (Art. 40 Ley 153 de 1887), y, finalmente,

g) Los civiles a que se refiere el Código Penal Militar de 1945 (Ordinal a; Numeral 1º, Art. 7) son los particulares que, sin tener la calidad de militares ni ejercer funciones militares, desempeñan oficios administrativos en las organizaciones militares, pero no los Miembros del Cuerpo de la Policía Nacional, cuyas actividades son dis-

tintas a las de los civiles a que se refiere la Ley 3ª de 1945, ya derogada.

La justicia penal militar —se concluye de las anteriores referencias— sólo fue competente para juzgar a los miembros de los cuerpos armados de la Policía durante la vigencia del Decreto 1530 de 1950; esto es, hasta el 15 de junio de 1951, con la limitación establecida en el Decreto 1231 que lo sustituyó.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que es la justicia penal común —y no la militar— la competente para juzgar al Teniente 2º de la Policía Nacional, Marco Vinicio Prieto Reyes.

Notifíquese y devuélvase.

**Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.**

RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR UN MILITAR JUZGADO Y CONDENADO POR LOS HECHOS QUE TUVIERON LUGAR EL DIEZ DE JULIO DE 1944 — AL QUEDAR DEROGADO EL CODIGO PENAL DE 1890, NO QUEDARON POR ESE SOLO HECHO SIN VALOR TAMBIEN LAS DISPOSICIONES DE LOS ARTICULOS DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR QUE HACIAN REFERENCIAS A PRECEPTOS DE AQUEL CODIGO--LA DEROGATORIA DE ESTE NO COMPRENDIO LAS REFERENCIAS QUE A ALGUNOS DE SUS ARTICULOS HACIAN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR--ESA DEROGATORIA DECIA RELACION EXCLUSIVAMENTE A ESE CODIGO COMO LEY PENAL COMUN--EL ARTICULO 14 DE LA LEY 153 DE 1887 NO DICE RELACION A LAS REFERENCIAS QUE UNA LEY HAGA A OTRA MIENTRAS ESTA SE HALLE VIGENTE, SINO SOLAMENTE A LAS HECHAS DESPUES DE SU DEROGATORIA

El demandante ataca la sentencia materia del recurso, en primer lugar con base en la causal primera, es decir, por ser violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Dos son los motivos que alega el actor, para sustentar sus puntos de vista:

a) Haberse condenado al procesado por hechos no contemplados como delitos por las leyes que regían al tiempo en que se dictó el fallo, con lo cual se violaron los artículos 26 de la Constitución Nacional; 1º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento; y

b) Ser la sentencia violatoria del artículo 139 del Código Penal actual, por indebida aplicación, ya que este estatuto entró en vigencia en 1938 y a él no podía referirse el Código Penal Militar.

Quiere decir lo anterior que la existencia o inexistencia de la causal primera de casación depende de la situación de las normas jurídicas penales que estaban en vigencia en la fecha en que se consumaron los hechos que dieron lugar al proceso.

La Ley 84 de 1931 (Código de Justicia Penal Militar), establecía sanciones para el delito de rebelión militar y estaba concebido en los siguientes términos:

“Artículo 157.—Los militares de cualquier grado, colombianos o extranjeros, al servicio del ejército, que cometieren alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal, serán castigados con la

pena de seis a doce años de reclusión militar.

“Esta pena se graduará en la proporción que determina el artículo 170 del Código Penal”.

Las citas que hace la disposición transcrita, se refieren al Código Penal de 1890, que era el estatuto que regía cuando se dictó la ley de justicia penal militar. Tales artículos decían:

“Artículo 169.—Cometen el delito de rebelión: 1º—Los que se levanten en armas contra el Gobierno, sea simplemente para derrocarlo, sea para cambiar la Constitución por las vías de hecho; y 2º—Los que se levanten con el fin de confundir en una persona o cuerpo los poderes públicos, que deben ser separados; o hacer que se ejerzan por personas o corporaciones distintas de las designadas al efecto, o de impedir por vías de hecho, la reunión del Congreso o la de alguna de sus Cámaras; o para disolverlo después de reunido; o en fin, para cambiar substancialmente la organización general del país”.

“Artículo 170.—Los que promuevan, encabecen o dirijan una rebelión, sufrirán de ocho a diez años de presidio. Los que simplemente tomen parte en ella, como empleados con mando o jurisdicción militar, política o judicial, sufrirán de seis a ocho años de presidio. Los demás individuos comprendidos en la rebelión, sufrirán de cuatro a seis años de presidio. Todos ellos pagarán, además, una multa de la décima a

la quinta parte del valor libre de sus bienes”.

El contexto de los artículos transcritos, permite afirmar que en tratándose del delito de rebelión, el Código Penal de 1890 contemplaba en el 169 los hechos constitutivos de esa infracción, y en el 170 las sanciones imponibles, en cantidad y calidad, de acuerdo con la situación jurídica del agente del ilícito; o mejor en la primera de las disposiciones nombradas se consagraba el precepto, y en la segunda, la sanción.

El Código de 1890 dejó de tener vigencia en primero de julio de 1938, fecha en que entró a regir el nuevo estatuto penal, o sea la Ley 95 de 1936, que en su artículo 432 dice:

“Derógase el Código Penal y todas las disposiciones contrarias a la presente ley”.

Es, por tanto, un hecho que no admite discusión, que el Código Penal de 1890 dejó de regir el citado día primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, pero esto no quiere decir que se acepte la tesis del demandante, de que como consecuencia de la derogatoria de esa ley hubieran quedado también sin valor los artículos de la ley de Justicia Militar que a ella hacían referencia.

El artículo 157 de la Ley 84 de 1931, como lo sostiene la Procuraduría, era una disposición penal de las llamadas incompletas por los tratadistas, lo que no implicaba que fuera una norma penal incompleta. Ocurre con esta clase de disposiciones penales, que ellas no contienen en su estructura el precepto y al mismo tiempo la sanción, sino que estos dos elementos integrantes de la norma penal están contemplados en varios artículos o preceptos, cuyo conjunto forma un todo completo o perfecto. A esta clase de normas penales pertenecía aquel artículo, porque sus dos elementos integrantes, precepto y sanción, estaban fragmentados en dos disposiciones incluidas en leyes penales distintas, que reunidas y concordadas constituían una sola norma compuesta de precepto y sanción.

Derogado el Código Penal de 1890, el precitado artículo, estructurado en la forma que se deja expuesta, no habría sufrido modificación alguna, puesto que la Ley 84 de 1931, desde el momento de entrar en vigen-

cia, incorporó e hizo suyos los artículos 169 y 170 de aquel estatuto, en cuanto definían el delito de rebelión y graduaban las penas aplicables.

Por consiguiente, las argumentaciones del actor sobre la inexistencia del hecho delictuoso, por ausencia de los requisitos de legalidad del delito y de legalidad de la pena, no serían valederas, porque se repite, el artículo 157 de la Ley 84 de 1931 había incorporado dentro de él los artículos 169 y 170 del Código derogado y, consecuentemente, al desaparecer este estatuto, aquella norma no había sido modificada, pues la derogatoria decía relación exclusivamente a ese Código como ley penal común, aplicable a los hechos cometidos por los particulares y prohibidos y sancionados por él, pero no comprendió las referencias que a sus disposiciones hubieran hecho las leyes penales especiales.

Se dice en la demanda que el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 dispone que “una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan...”. Este precepto nada aduce en contra de la tesis expuesta, porque él se refiere a aquellas citas hechas por leyes dictadas con posterioridad a la ley que deroga una norma, pero no a casos como el presente, en el que la cita o referencia se hizo por una ley anterior a la que derogó la norma referida. Por eso, no se podría decir que se trate de revivir normas, de darles nueva vida, sino de aplicar disposiciones del Código derogado, que habían sido incorporadas dentro de las prohibiciones de la ley penal militar desde antes de la derogatoria de aquel estatuto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veintidos de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, la Brigada de Institutos Militares confirmó la sentencia de fecha nueve del mismo mes y año, proferida por el Consejo de Guerra Verbal, por la cual se condena al Mayor José de

J. Guzmán a la pena principal de cuatro años de reclusión militar, como responsable del delito de rebelión militar contemplado y sancionado por los artículos 139 del Código Penal de 1936 y 157 de la ley 84 de 1931.

Contra esta sentencia, el doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, en su condición de apoderado del mencionado Mayor Guzmán, interpone el recurso de casación.... La ley 84 de 1931 no consagraba este recurso para esa clase de fallos, pero a virtud de lo dispuesto por el Decreto Extraordinario Número 1197 de 4 de junio de 1951, se admitió, toda vez que éste en su artículo 1º ordena hacer "...extensivos los recursos Extraordinarios de Casación y de Revisión consagrados por el Código de Justicia Penal Militar, a las sentencias de segunda instancia dictadas en los procesos de que hayan conocido en primera CONSEJOS DE GUERRA VERBALES y contra las cuales la Legislación vigente cuando se profirieron no consagraba tales recursos extraordinarios ni fueron objeto de nulidad".

El actor invoca contra la sentencia recurrida, las causales primera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales se examinarán en el orden en que aparecen puntualizadas en el escrito de demanda.

Hechos:

Aparece de autos, que el día diez de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, un grupo de militares acantonado en la ciudad de Pasto, donde realizaba maniobras tácticas, se alzó en armas y apresó al Presidente de la República, y a otros funcionarios que se encontraban en ese lugar, pretendiendo sustituir a las autoridades legítimamente constituidas.

Como consecuencia de estos sucesos, el Primer Designado se encargó del Poder Ejecutivo y dictó el Decreto Número 1632 de 10 de julio de dicho año, declarando turbado el orden público en todo el territorio nacional. Posteriormente, por medio del Decreto Número 1640 radicó en el Comando de la Brigada de Institutos Militares, el conocimiento de los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en el territorio nacional en conexión con los perpetrados desde el nueve del mismo mes de julio o anteriores, relacionados con ellos, ordenando que por el Comandante de dicha Brigada se dispusiera la convocatoria del Consejo o Consejos de Guerra Verbales que estimara necesarios

para que dichos delitos fueran juzgados por el procedimiento establecido en el Capítulo VII Título Unico, del Libro Segundo de la ley 84 de 1931, de Justicia Militar.

Como consecuencia de lo dispuesto por el citado Decreto 1640 de 1944, la Brigada de Institutos Militares en providencia de fecha siete de septiembre siguiente, dispuso:

"Primero.—Convocar Consejo de Guerra Verbal para que juzgue al Coronel Néstor Mesa Prieto, a los Mayores José de J. Guzmán y Carlos Manrique, al Capitán José A. Torres M. y al Sub-Teniente Antonio Herrera, por delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado, que definen y sancionan el Código Penal en su Título II del Libro Segundo y la ley 84 de 1931 en el Título III Libro Tercero, cometidos en el territorio nacional en conexión con los hechos ocurridos desde el nueve de julio del año en curso, o anteriores y relacionados con ellos".

El Consejo de Guerra Verbal a que alude la providencia cuya parte pertinente se transcribe antes, dio fin a sus labores con la sentencia de nueve de septiembre del precitado año de 1944, la que en su parte resolutive dice, en lo que respecta al Mayor José de J. Guzmán:

"Primero.—Condenar al Mayor José de J. Guzmán a la pena principal de cuatro años de reclusión militar, como responsable del delito de rebelión que definen y sancionan los artículos 139 del Código Penal y 157 de la Ley 84 de 1931, cometido en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejan advertidas en la parte motiva de esta providencia, y a las accesorias de destitución militar y demás pertinentes conforme a la ley...".

Esta sentencia, como ya se dijo, fue confirmada en todas sus partes por la Brigada de Institutos Militares y contra ella, se interpone en esta ocasión el recurso de casación.

Causal primera. "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma...".

El demandante sustenta esta causal, enunciando dos motivos principales:

a) Ser la sentencia recurrida violatoria de los Artículos 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento Penal, por cuanto condenó al Mayor Guzmán por

hechos que por la época de proferirse, no estaban contemplados como delitos; y

b) Ser ese mismo fallo, violatorio del artículo 139 del Código Penal actualmente en vigencia, por indebida aplicación del mismo, puesto que al fundamentarlo, se le pone como cimiento o base el Estatuto de 1938 que no había comenzado a regir cuando se expidió el Código Militar (Ley 84 de 1931).

Sostiene el recurrente que la inexistencia del hecho delictuoso, se deduce de la simple verificación de la fecha en que el artículo 169 del Código de 1890, quedó derogado, es decir, que el primero de julio de 1938 los artículos 169 y 170 del Código Penal de 1890, dejaron de existir y como la sentencia se apoyó en esos artículos que hacían parte substancial e integrante del artículo 157 del Código Militar vigente en 1944, la violación se hace patente por haberse aplicado un precepto penal ya extinguido.

Afirma que el artículo 26 de la Constitución Nacional, es uno de los preceptos que establecen las garantías individuales en cuanto que por él, se exige la legalidad del delito y la legalidad de la pena y como las leyes se dictan para el futuro y empiezan a regir desde su promulgación o desde la fecha en que el legislador lo determine, y a la inversa, tienen vida hasta el instante en que son derogadas de manera expresa o tácita, y el nuevo Código Penal comenzó a regir el 1º de julio de 1938 y dice en su artículo 432: "Derógase el Código Penal y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente Ley", es manifiesto que el Código Penal de 1890 desapareció integralmente el citado 1º de julio de 1938, pero como la sentencia acusada se fundamenta en ese Código inexistente e impone una pena por un hecho contemplado en esa legislación extinguida, se incurrió en el error de sancionar actos que en ese momento no estaban previstos como delitos y también en la equivocación, de aplicar penas que no estaban vigentes en esa fecha. Agrega que, el artículo 157 de la ley 84 de 1931 en que se fundamenta el fallo condenatorio, "quedó en el aire" al ser derogado el Código de 1890, toda vez que los artículos 169 y 170 de ese estatuto hacían parte substancial del citado artículo 157 y al desaparecer dicho Código, este último artículo se volatilizó, si así puede decirse...".

En cuanto al segundo motivo, dice el demandante que el artículo 139 de la ley 95 de 1936, alude a un hecho semejante al que estaba contemplado por el Código Penal, extinguido, pero

que en la justicia colombiana y en la de todos los países civilizados, en el campo penal no valen las semejanzas ni es lícito aplicar las leyes por analogía. Que la cuestión es muy clara: o se acepta en su integridad el Código Penal Militar y en el caso de autos los artículos correspondientes a la rebelión consagrados en ese Código y en el de 1890 o bien las disposiciones de la ley 95 de 1936; que lo primero no era posible, por la derogatoria del Código de 1890 ni tampoco lo segundo, porque la ley militar estaba vigente y el Código de 1936 no formaba parte de esa ley militar.

Concepto del Procurador General de la Nación

Este funcionario considera que la causal primera alegada en la demanda, no puede prosperar.

Refiriéndose al primero de los motivos presentados por el demandante, analiza la situación de las normas jurídicas existentes en el momento de la realización de los hechos que dieron origen al proceso y acepta que el estatuto penal de 1890 cesó de regir el primero de julio de 1938, pero no está de acuerdo en que por la derogación de ese Código, se hubiera hecho "tabla rasa de los artículos de la Ley de Justicia Militar que a él hacían referencia". Manifiesta que el artículo 157 es una disposición legal de las llamadas incompletas, lo que no quiere decir que la norma penal sea incompleta, y trae en apoyo de sus puntos de vista, varios apartes de la obra de Filippo Grisigni, denominada "Derecho Penal Italiano", y en acuerdo con este expositor, agrega:

"El artículo 157, disposición penal incompleta, delineaba precisamente una norma penal completa, que, esparcida en varios estatutos, venía a formar un todo armónico que puede expresarse en los siguientes términos:

"Los militares de cualquier grado que se levanten en armas contra el Gobierno para derrocarlo o para cambiar la Constitución o para modificar el orden institucional, están sujetos a una pena de seis a doce años de reclusión militar cuando la promuevan, encabecen o dirijan; de cuatro años dos meses a nueve años siete meses, cuando teniendo mando, simplemente tomen parte en ella, y de tres años a siete años dos meses, en los demás casos.

"Tal era la norma, que no quedó incompleta al ser derogado el Código, porque la Ley 84 de 1931 había recibido y hecho suyas modificándolas,

las disposiciones de los artículos 169 y 170 del Código Penal de 1890.

“¿Entonces, una norma puede tener vida después de su derogación? Sí, cuando se halla recibida por una ley vigente...”.

Vuelve el representante del Ministerio Público a transcribir algunos apartes de la obra de Grispigni, ya citada, quien sostiene que cuando se trata de una referencia expresa y formal al Código abrogado, se debe aplicar éste, porque la ley especial ha continuado en vigor y se refiere expresamente a determinado código el cual en consecuencia se presenta como incorporado en la ley especial. Y agrega: que aunque es verdad que la ley 153 de 1887 establece que “una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan”, es claro que esta disposición se refiere a las citas que hagan leyes posteriores a la ley que deroga una norma. Añade que, aunque se prescindiera de la existencia del artículo 121 del estatuto de justicia militar, respecto de la definición del delito militar de rebelión los citados artículos 169 y 170 nunca dejaron de existir porque incorporados en una ley especial, forman parte de ella durante su vigencia.

En cuanto al segundo motivo alegado como fundamento de la causal primera, sostiene la Procuraduría, que la ley 84 de 1931, previó su aplicación en consonancia con leyes posteriores, porque el artículo 121 de esa ley dispuso que en materia penal militar eran aplicables las disposiciones del Código Penal y las de las leyes “que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en la presente ley” y como el Código Penal de 1936, sustituyó al de 1890 y el artículo 139 de aquel a los artículos 169 y 170 del segundo, se sigue lógicamente la recta aplicación al caso de autos del mencionado artículo 139 del Código Penal vigente.

Se considera:

Según se ha visto el demandante ataca la sentencia materia del recurso, en primer lugar, con base en la causal primera, es decir, por ser violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Dos son los motivos que alega el actor, para sustentar sus puntos de vista. Estos motivos ya se enunciaron en otra parte de esta providencia, pero para la mejor comprensión del problema, se repiten nuevamente:

a) Haberse condenado al procesado por hechos no contemplados como delitos por las leyes que regían al tiempo en que se dictó el fallo, con lo cual se violaron los Artículos 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal y 5º del Código Procedimental; y

b) Ser la sentencia violatoria del artículo 139 del Código Penal actual, por indebida aplicación, ya que este estatuto entró en vigencia en 1938 y a él no podía referirse el Código Penal Militar.

Quiere decir lo anterior, que la existencia o inexistencia de la causal primera de casación, depende de la situación de las normas jurídicas penales que estaban en vigencia en la fecha en que se consumaron los hechos que dieron lugar al proceso.

La Ley 84 de 1931 (Código de Justicia Penal Militar), establecía sanciones para el delito de rebelión militar y estaba concebido en los siguientes términos:

“Artículo 157.—Los militares de cualquier grado, colombianos o extranjeros, al servicio del ejército, que cometieren alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal, serán castigados con la pena de seis a doce años de reclusión militar.

“Esta pena se graduará en la proporción que determina el artículo 170 del Código Penal”.

Las citas que hace la disposición transcrita, se refieren al Código Penal de 1890, que era el estatuto que regía cuando se dictó la ley de justicia penal militar. Tales artículos, decían:

“Artículo 169.—Cometen el delito de rebelión: 1º—Los que se levanten en armas contra el Gobierno, sea simplemente para derrocarlo, sea para cambiar la Constitución por las vías de hecho; y 2º—Los que se levanten con el fin de confundir en una persona o cuerpo los poderes públicos, que deben ser separados; o hacer que se ejerzan por personas o corporaciones distintas de las designadas al efecto, o de impedir por vías de hecho, la reunión del Congreso o la de alguna de sus Cámaras; o para disolverlo después de reunido; o en fin, para cambiar substancialmente la organización general del país”.

“Artículo 170.—Los que promuevan, encabezen o dirijan una rebelión, sufrirán de ocho a diez años de presidio. Los que simplemente tomen parte en ella, como empleados con mando o jurisdicción militar, política o judicial, sufrirán de seis a ocho años de presidio. Los demás individuos comprendidos en la rebelión, sufrirán de cuatro a seis años de presidio. Todos ellos pa-

garán, además una multa de la décima a la quinta parte del valor libre de sus bienes”.

El concepto de los artículos trascritos, permite afirmar que en tratándose del delito de rebelión, el Código Penal de 1890 contemplaba en el 169 los hechos constitutivos de esa infracción y en el 170 las sanciones imponibles, en cantidad y calidad, de acuerdo con la situación jurídica del agente del ilícito, o mejor, en la primera de las disposiciones nombradas se consagraba el precepto y en la segunda, la sanción.

El Código de 1890 dejó de tener vigencia el primero de julio de 1938, fecha en que entró a regir el nuevo estatuto penal, o sea la ley 95 de 1936, que en su artículo 432 dice:

“Derógase al Código Penal y todas las disposiciones contrarias a la presente ley”.

Es por tanto, un hecho que no admite discusión, que el Código Penal de 1890 dejó de regir el citado día primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, pero esto no quiere decir que se acepte la tesis del demandante, de que como consecuencia de la derogatoria de esa ley, hubieran quedado también sin valor los artículos de la ley de Justicia Militar que a ella hacían referencia.

El artículo 157 de la ley 84 de 1931, como lo sostiene la Procuraduría, era una disposición penal de las llamadas incompletas por los tratadistas, lo que no implicaba que fuera una norma penal incompleta. Ocurre con esta clase de disposiciones penales, que ellas no contienen en su estructura el precepto y al mismo tiempo la sanción, sino que estos dos elementos integrantes de la norma penal están contemplados en varios artículos o preceptos, cuyo conjunto forma un todo completo o perfecto. A esta clase de normas penales pertenecía aquel artículo, porque sus dos elementos integrantes, precepto y sanción, estaban fragmentados en dos disposiciones incluidas en leyes penales distintas, que reunidas y concordadas constituían un sola norma compuesta de precepto y sanción.

Derogado el Código Penal de 1890, el precitado artículo, estructurado en la forma que se deja expuesta, no habría sufrido modificación alguna puesto que la ley 84 de 1931 desde el momento de entrar en vigencia, incorporó e hizo suyos los artículos 169 y 170 de aquel estatuto, en cuanto definían el delito de rebelión y graduaban las penas aplicables.

Por consiguiente, las argumentaciones del actor sobre la inexistencia del hecho delictuoso por ausencia de los requisitos de legalidad del delito

y de legalidad de la pena no serían valederas, porque se repite, el artículo 157 de la ley 84 de 1931 había incorporado dentro de él los artículos 169 y 170 del Código derogado y consecuentemente, al desaparecer este estatuto, aquella norma no había sido modificada, pues la derogatoria decía relación exclusivamente a ese Código como ley penal común, aplicable a los hechos cometidos por los particulares y prohibidos y sancionados por él, pero no comprendió las referencias que a sus disposiciones hubieran hecho las leyes penales especiales.

El Jefe del Ministerio Público, trae una cita de la opinión del expositor italiano Filippo Grispigni, sobre el punto debatido. Este dice:

“Referencia de normas vigentes a normas extinguidas. ...El derecho penal está formado por un conjunto de normas contenidas en fuentes diversas: entre unas y otras existen relaciones de referencia, y esto ocurre especialmente entre el Código Penal y las leyes especiales. Ahora bien; ¿en el caso en que se produzcan modificaciones en el Código o en las leyes especiales, deberá entenderse que la referencia se formula respecto a la norma extinguida o a la nueva?

“Si se trata de una referencia que hace el Código a una ley especial, y a ésta ha sucedido otra, no cabe duda que la referencia debe extenderse con respecto a la nueva ley especial. En cambio, es distinto el caso si se trata de una referencia formulada por una ley especial respecto al Código y éste ha sido sustituido por otro Código. A tal propósito es preciso distinguir: si se trata de una referencia expresa y formal al Código abrogado (sardo, toscano etc.), se debe aplicar éste, porque la ley especial ha continuado en vigor y se refiere expresamente a determinado Código, el cual en consecuencia se presenta como incorporado en la ley especial. Por el contrario, en el caso de que la referencia sea solamente tácita o genérica, debe aplicarse entonces el nuevo Código y esto en armonía con lo dispuesto en el art. 16 Cd. Penal, según el cual las disposiciones del Código también se aplican a las materias reguladas por otras leyes penales...”

En el caso de autos, dentro de la tesis que se viene exponiendo, la referencia se formula por una ley especial respecto al Código Penal y éste fue sustituido por otro Código. Esa referencia, dada la forma como aparece del contexto del artículo 157 de la ley 84 de 1931, en el cual se dice “...que cometiere alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal...”

o bien, "Esta pena se graduará en la proporción que determina el artículo 170 del Código Penal...", debe tenerse como expresa y formal al estatuto derogado y de acuerdo con el concepto de Grispigni, debe este último ser aplicado, porque la ley especial había seguido en vigencia y se refería expresamente a determinado Código, el de 1890, el cual en consecuencia, habría que tener como incorporado en la ley especial de justicia militar, en cuanto a las disposiciones a que esta ley hacía referencia.

Se dice en la demanda que el artículo 14 de la ley 153 de 1887, dispone que "una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan..." Este precepto nada aduce en contra de la tesis expuesta, porque él se refiere a aquellas citas hechas por leyes dictadas con posterioridad a la ley que deroga una norma, pero no a casos como el presente, en el que la cita o referencia se hizo por una ley anterior a la que derogó la norma referida. Por eso, no se podría decir que se trate de revivir normas, de darles nueva vida, sino de aplicar disposiciones del Código derogado, que habían sido incorporadas dentro de las prohibiciones de la ley penal militar desde antes de la derogatoria de aquel estatuto.

Las razones precisadas en los apartes anteriores, serían suficientes para rechazar la operancia de la causal primera alegada en la demanda, pero la Sala considera, que en el caso que se estudia, después de la derogatoria del Código de 1890, el fenómeno que se produjo al ser derogado aquel código, fue el de la sustitución de las aludidas disposiciones por las del nuevo Código Penal que expresamente contemplan el delito de rebelión como hecho susceptible de sanciones penales. Esta es la conclusión que se desprende del texto y contenido del artículo 121 de la ley 84 de 1931, en el cual se lee:

"Son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en la presente ley".

Es decir, que el legislador de 1931 previó que el Código Penal de 1890 podía ser complementado, reformado y aún sustituido por otro en el futuro y para estos eventos, estatuyó la aplicación en materia militar de las disposiciones que lo complementarían, reformarían o sustituyeran. Por consiguiente, derogado el Código de 1890 y sustituido por el de 1936, las normas contenidas en este nuevo estatuto en cuanto prohíben la rebelión como hecho punible, sustituyeron a las que

contenía aquel Código sobre la misma materia y de ahí, que el artículo 139 del Código Penal actual que se cita en la sentencia materia del recurso, hubiera sido rectamente aplicado.

Contra esta tesis, se pronuncia el demandante alegando que el citado artículo 139 en el cual se apoya la sentencia recurrida, se aplicó indebidamente, porque si bien se trata de un hecho semejante al que contemplaba el Código derogado, dicho artículo no era aplicable, porque en la justicia colombiana y en el campo penal, no caben las semejanzas ni es lícito aplicar las leyes por analogía.

Es cierto que, dentro de la justicia colombiana y en el campo penal, por regla general se repudia la interpretación analógica de la ley y cuando existen lagunas legislativas, éstas no pueden ser llenadas por los jueces, porque éstos sólo tienen la misión de aplicar las normas expresas, ya que lo contrario, sería convertirlos en creadores de preceptos jurídicos y permitirles asumir una actitud de franca rebeldía contra la voluntad del legislador. Pero en el caso de la sentencia que se estudia, no se presenta esa situación, porque no ha habido aplicación de normas penales por semejanza ni por analogía, pues ya se ha visto, que no hay ausencia de disposiciones legales que prohiban el hecho imputado y que establezcan las sanciones correspondientes.

Por lo tanto, es equivocado afirmar que cuando se cometieron los hechos que originaron el proceso, no había una disposición penal que prohibiera el delito de rebelión y que en la sentencia recurrida, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional y el artículo 1º del Código Penal. Tampoco puede hablarse de violación del artículo 5º del Código de Procedimiento Penal, porque aquí no se contempla el problema de la aplicación de la ley permisiva o favorable de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pues no se está en presencia de dos leyes, una que favorece al procesado y otra que lo perjudica; simplemente se trata de dar aplicación a una disposición que sustituyó a las que existían antes de ser derogado el precitado Código de 1890. Y como el nuevo Código Penal entró en vigencia el primero de julio de 1938, desde esta fecha las disposiciones de aquel Código Penal a que hacía referencia la ley de justicia militar, en cuanto definían el delito de rebelión y graduaban las sanciones aplicables, dejaron de regir, para dar cabida y ocupar su lugar, las del nuevo Código Penal sobre la misma materia.

Esta es la única interpretación que legal y jurídicamente cabe dar al problema debatido, porque cualquiera otra conduciría a violar el texto expreso y el contenido del artículo 121 de la ley de justicia militar, que estaba vigente en la fecha en que se realizaron los hechos que dieron lugar a la formación de este proceso.

Con base en las razones expuestas, la causal primera alegada no puede prosperar.

Causal cuarta. Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

El fundamento de la alegación de esta causal, se hace consistir en que no se juzgó en un solo proceso a todos los militares comprometidos en el delito de rebelión de que da cuenta el proceso, conforme a lo prescrito por los artículos 52 y 54 del Código de Procedimiento Penal y como consecuencia de la violación de estas normas, "cada Consejo de Guerra Verbal de los que se reunieron para juzgar por el delito de rebelión a los militares a quienes se acusa como comprometidos en el golpe de Pasto de 1944, carecía de competencia para hacerlo" y como el Artículo 8º de la ley 84 de 1931 establecía como causal de nulidad en el juicio la incompetencia de jurisdicción, la sentencia se pronunció en un juicio viciado de nulidad.

La Procuraduría, reconoce que el motivo alegado por el demandante tiene fundamento y debía prosperar la causal cuarta, pero antes del procesamiento de los comprometidos en los sucesos de Pasto, se dictó el Decreto 1640 de 13 de julio de 1944, que en su artículo 2º facultaba al Comandante de la Brigada de Institutos Militares para disponer "...la convocatoria del Consejo o Consejos de Guerra Verbales que estime necesarios..." para juzgar los delitos cometidos con ocasión de aquellos hechos y entonces, las normas que ordenan seguir un solo proceso cuando se trata de un solo delito, aún siendo muchos los autores o partícipes, fueron suspendidas en

su vigencia y la nulidad alegada no tuvo existencia.

Se considera:

La Sala está en completo acuerdo con el representante del Ministerio Público, porque si bien es cierto que el procedimiento empleado para juzgar a los militares procesados por el golpe de Pasto, se apartó de las reglas procedimentales consagradas por la ley 84 de 1931, en cuanto a que no se siguió un solo proceso para todos los comprometidos, siendo así que se trata de un solo delito, ello se debió a que esas reglas ordinarias de procedimiento fueron suspendidas en su vigencia por el Decreto Ejecutivo ya mencionado, dictado con posterioridad al que declaró turbado el orden público en todo el territorio de la Nación. Y en estas condiciones, las normas aplicables no eran las ordinarias de procedimiento, sino las dictadas en la emergencia de turbación del orden público.

Por consiguiente, no hubo violación de la ley procedimental en el juzgamiento del Mayor José de J. Guzmán, porque se le aplicaron las normas que regían en la época del juicio, siendo forzoso concluir que la sentencia recurrida no se pronunció en un juicio, viciado de nulidad, y por ende, la causal cuarta alegada, tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, por la cual se condenó al Mayor José de J. Guzmán a la pena principal de cuatro años de reclusión militar como responsable del delito de rebelión militar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.**

EL CODIGO PENAL DE 1890 SIGUIO VIGENTE DESPUES DE QUE COMENZO A REGIR EL NUEVO ESTATUTO PENAL, PARA LOS EFECTOS DE LA LEY 84 DE 1931 (CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR)

La ley 84 de 1931 no podía referirse a otro estatuto distinto del que regía al tiempo de su expedición, esto es el Código Penal de 1890. Ello significa que al ser reemplazado por otro, los hechos acaecidos durante la vigencia de aquella ley y justiciables dentro de sus reglamentos y estatutos, continuaban siendo delictuosos y juzgables conforme a sus mandatos, aunque existiese un nuevo Código Penal.

Es apenas elemental que el legislador no puede en todos los casos prever las ocurrencias futuras, pero es evidente que sí puede dar normas que regulen determinadas situaciones. La sustitución del Código Penal de 1890 implica que otro estatuto debe reemplazarlo. Si en el intervalo entre el tránsito de leyes codificadas, la legislación penal militar no ha sufrido modificaciones, la lógica lleva a concluir que las referencias de esta ley especial al Código derogado continúan vigentes en todo aquello en que regulen materias de índole idéntica y por ello mismo resultaron reemplazadas con los preceptos que para casos similares se contienen en el Código Penal nuevo.

Ahora: no habiéndose presentado modificación del Código de Justicia Penal Militar, al reemplazarse el de 1890 por el que entró a regir en 1938, los hechos delictuosos cometidos por militares tenían que caer bajo la jurisdicción del nuevo estatuto, desde luego que, como lo sustenta con razones poderosas y todavía no contradichas la Procuraduría, el legislador de 1931 (Ley 84) "previó la posibilidad de una sustitución de aquel Código Penal y quiso, expresamente lo estatuyó, que las normas contenidas en el estatuto que reemplazara el Código de 1890, tuvieran aplicación en materia militar".

Sería aberrante, y también absurdo, que el tránsito de legislaciones hubiese dado como resultado el hecho de dejar punible el

delito de rebelión en los particulares, y ese mismo hecho —de peculiares condiciones para las fuerzas militares que están obligadas bajo juramento a la defensa intangible de las instituciones de la República— quedara impune por aquella circunstancia.

La ley —como lo anota la Procuraduría— no puede conducir al absurdo, y es ésta regla de hermenéutica universalmente reconocida. El absurdo en el caso es patente y por lo mismo resulta jurídicamente imposible aceptar una interpretación que conduzca a tal extremo.

No está en lo cierto el actor al sostener que el Código Penal de 1890 desapareció "integralmente" el 1º de julio de 1938, cuando entró a regir el nuevo estatuto. Esta afirmación hecha en forma tan rotunda, no es íntegramente exacta. Aquel estatuto sí quedó derogado en el sentido de que el 1º de julio de 1938 sus disposiciones quedaron sin aplicabilidad, por cuanto un nuevo Código las reemplazaba; pero es entendido que algunos de sus preceptos continuaban vigentes en cuanto ellos hiciesen parte de una legislación especial sobre justicia penal militar, que al tiempo de entrar en vigencia el nuevo estatuto, regía todavía.

El sistema de legislar es vario y no siempre sigue idéntico criterio. El legislador puede señalar las normas legales de dos maneras principales: o bien fija el precepto y la sanción, completando la norma en un mismo texto, o señala el precepto, únicamente, limitándose a determinar la sanción haciendo referencia a otros estatutos sobre la misma materia. Así, se dice: el que cometa tal hecho dentro de estos elementos estructurales, sufrirá la siguiente pena. Existe, en este caso, precepto y sanción en una misma norma. En cambio, cuando legisla en éstos o parecidos términos: el que cometiére algún delito de los enumerados en tal artículo de tal Código, sufrirá la sanción si-

guiente... lo único que hace es remitir el precepto a otro estatuto, el cual por esto mismo será siempre aplicable mientras subsista la legislación remitente.

Este segundo sistema se emplea más generalmente cuando se trata de legislar en forma especial sobre materias sometidas a fuero y por lo mismo no las contempla la legislación común, como es el caso de la Justicia Penal Militar.

Es apenas natural que el último sistema pueda prestarse a dificultades como las que posiblemente surjan del cambio de una legislación a otra. En efecto, cuando en 1931 se expidió la Ley 84 de ese año, regía el Código Penal de 1890. El proceso legal para aplicar el estatuto penal militar no sufrió tropiezo alguno porque el texto de la ley sobre Justicia Militar respondía al contenido del Código Penal común, cuando la norma resultare incompleta, por las referencias hechas de la ley al estatuto penal propiamente dicho.

La verdadera dificultad surge al cambiarse la antigua legislación penal por la nueva y al producirse el cambio no se opera al mismo tiempo la modificación del cuerpo de disposiciones que regulan las normas a que deben estar sujetos los individuos sometidos a un fuero, cuyos hechos delictuosos los contempla una legislación contenida en el Código de Justicia Penal Militar, escapando de esta suerte a la justicia respectiva del Código Penal común.

Las referencias hechas en la Ley 84 de 1931, con relación al Código Penal de 1890, dejan subsistente dicho estatuto en cuanto no puede considerarse derogado en esta parte; o de sostenerse otra tesis, no podría ser distinta de la contenida en el principio de que aún teniendo como derogado el estatuto general (Código Penal de 1890), puede éste ser aplicado después de su derogatoria, siempre que alguno de sus textos se encuentre recibido en la legislación vigente (Ley 84 de 1931), porque tal derogatoria no surtió en su integridad el efecto de hacer desaparecer totalmente aquella norma, por cuanto una ley en vigencia la contenía y era por lo mismo susceptible de ser aplicada todavía, en virtud del hecho de que la ley especial no había sido derogada.

2—La Ley 84 de 1931 previó la aplicación

de disposiciones del Código Penal actualmente vigente, aunque él no estaba rigiendo cuando fue expedida aquella ley, porque el artículo 121 de la misma dispone que serán aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en esa misma ley; y si el Código de 1936 sustituyó al de 1890, y determinados artículos del primero sustituyeron a otros del segundo, se sigue lógicamente la recta aplicación, al caso de autos, de las disposiciones vigentes en la actualidad.

No puede intentarse otra explicación al principio contenido en el artículo 121 citado de la Ley 84 de 1931. De otra manera ese principio no serviría para decidir situaciones como la presente, y todo indica que su contenido legal no tiene distinto alcance que prever esa contingencia y resolverla, dentro de sus cánones. Y como éstos rezan que la expresión "Código Penal" allí empleada se toma con relación a todo el cuerpo de normas que constituyen ese estatuto, sin sujeción a una época determinada en caso de tránsito de legislaciones, sino en cuanto su vigencia en el tiempo a que una ley especial remita a él para determinados efectos jurídicos. En otros términos, mientras esté vigente la ley especial que lo integra dentro de sus mandatos en casos particulares para señalar una sanción al precepto contenido en aquella ley, aquel Código Penal está todavía vigente y por lo mismo sus disposiciones tienen que ser aplicadas. También cuando se dictan leyes que lo complementen o reformen, ese estatuto general tiene aplicabilidad en relación con la ley especial. Idéntica conclusión tiene que aceptarse cuando un Código sustituya a otro, porque el espíritu que gobierna al texto es que en el interregno entre una reforma al Código Penal, sin que ocurra igual cosa a la ley especial, no quedan sin respaldo en aquel estatuto las referencias contenidas en ésta, que complementan al precepto y la sanción cuando ésta resulta contenida en el Código Penal común.

La única excepción ocurre cuando tanto el Código Penal como las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan "no se opongan a las contenidas en la presente ley".

Sólo, pues, la oposición entre unos y otros mandatos hace inaplicable en materia de justicia militar las normas del Código Penal común. De tal manera que si esta circunstancia no aparece, ni en el caso de sustitución íntegra, que es el que aquí se contempla, no es posible desconocer ni rechazar la fuerza de aquel mandato.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veintidos de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Comando de la Brigada de Institutos Militares en sentencia del seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, confirmó la del Consejo de Guerra Verbal de fecha dos de los mismos mes y año, por la cual se condenó a los señores Coronel Eurípides Márquez, Teniente Coronel Quintín Gustavo Gómez y Teniente Coronel Ernesto Velosa Peña, a la pena principal de cinco, seis y tres años y un mes de reclusión militar, respectivamente, como responsables del delito de rebelión y a las penas accesorias pertinentes, determinando entre ellas la destitución militar a los sentenciados.

Contra el fallo del Comando referido y haciendo uso del derecho que les confiere el Decreto número 1197 de 29 de mayo de 1951, los sentenciados, por medio de su apoderado nombrado al efecto, abogado Jorge E. Gutiérrez Anzola, interpusieron el recurso extraordinario de casación, concedido el cual, y surtida la tramitación correspondiente, ha llegado el momento de decidir sobre el recurso interpuesto.

En la demanda respectiva se señalan las causales primera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

El día diez de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, varios de los militares que se encontraban en la ciudad de Pasto por razón de maniobras, se alzaron en armas y apresaron al señor Presidente de la República, a otros funcionarios públicos, a miembros del ejército que no se allanaron a participar en el atentado; depusieron a las autoridades locales, se apoderaron de

la ciudad, organizaron el rechazo violento del ejército que permaneció leal, y, en fin tomaron las medidas que consideraron necesarias para vigorizar el poder que habían detentado.

La investigación que con tal motivo se adelantó demuestra que el levantamiento había sido planeado anteriormente y se extendía a distintos lugares del país, en cuya preparación intervinieron numerosos miembros del ejército, fuera de otras personas, y que fue así como simultáneamente se produjeron hechos similares en las ciudades de Ibagué, Bucaramanga y otros lugares, con el propósito de derrocar al Gobierno Nacional legalmente constituido.

La investigación de los hechos se radicó en el Comando de la Brigada de Institutos Militares, disponiendo la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales para que por el procedimiento establecido en el Capítulo VII, Título único, del Libro Segundo de la ley 84 de 1931, sobre Justicia Militar, se juzgaran los delitos cometidos.

Entre los militares sindicados de los hechos narrados se encuentran el Coronel Eurípides Márquez, y los Tenientes Coroneles Quintín Gustavo Gómez y Ernesto Velosa Peña, a quienes se refiere este proceso.

Reunido el Consejo de Guerra Verbal que debía juzgar a estos procesados, el dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro se profirió fallo condenatorio, imponiendo a éstos las penas relacionadas al principio. Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia, el Comando de la Brigada de Institutos Militares, con fecha seis de septiembre del mismo año, confirmó tal fallo.

Demanda. — Causales de casación

La primera, "ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma", la sustenta el actor:

1º.—Porque la sentencia viola los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento Penal, en cuanto condenó a los procesados por hechos que en la época de proferirse el fallo no estaban contemplados como delitos, lo que se establece con la simple verificación de la fecha en que el artículo 169 del Código de 1890 quedó derogado, esto es, que el 1º de julio de 1938 los artículos 169 y 170 del Código Penal de 1890 dejaron de existir. Y si la sentencia recurrida se apoyó en estos ar-

tículos que hacían parte sustancial e integrante del artículo 157 del Código Militar vigente en 1944, la violación se hace patente por haberse aplicado un precepto extinguido; y . . .

2º—Que también es violatoria la sentencia del Comando de la Brigada de Institutos Militares del artículo 139 del Código Penal actualmente en vigencia, por indebida aplicación del mismo, consistente en que, al fundamentar el fallo en la ley 84 de 1931, o sea el Código Militar, se pone como cimiento o base el estatuto de 1938 que no había comenzado a regir cuando se expidió el mismo Código Militar.

En desarrollo de las cuestiones enunciadas expresa la demanda que el artículo 26 de la Constitución Nacional es uno de los preceptos que fijan las garantías individuales en cuanto en él se señalan la legalidad del delito y la de la pena, garantías que surgieron en momento justamente en que nació el derecho penal como verdadera ciencia y corresponden a los llamados hoy presupuestos o teoremas en el campo penal, siendo sabido que las leyes se dictan para el futuro, rigen desde su promulgación o desde la fecha en que el legislador así lo determine, y al contrario, la ley sólo tiene vida hasta el instante en que es derogada expresa o tácitamente.

El nuevo Código Penal —agrega— actualmente en vigencia comenzó a regir el 1º de julio de 1938 y en su artículo 432 dice: "Derógase el Código Penal y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente ley". Luego es manifiesto que el Código de 1890 desapareció integralmente el día 1º de julio de 1938. Que como la sentencia acusada se fundamenta en ese Código inexistente y se impone allí una pena por hecho contemplado por los artículos 169 y 170 de una legislación extinguida, se ha incurrido en el grave error de sancionar por actos en ese momento no previstos como delitos y en la equivocación de aplicar penas que tampoco estaban vigentes al proferirse la sentencia.

Y no se diga que el fallo condenatorio se fundamenta en el artículo 157 de la ley 84 de 1931, porque ese precepto en realidad se quedó en el aire, con la derogatoria del Código de 1890 toda vez que los artículos 169 y 170 de tal Código están incrustados y hacen parte sustancial del citado artículo 157, de tal suerte que, desaparecidos los textos del Código de 1890 se volatilizó, si así pudiera decirse, el artículo 157 de la ley 84 de 1931.

Reconoce el actor que el legislador fue poco

diligente cuando realizó la reforma penal y olvidó 'acoplar' con el Código Penal Militar, que debía seguir rigiendo. Pero que este pecado legislativo no tiene por qué perjudicar a los militares que fueron procesados, ni es motivo suficiente ni argumento jurídico para que se pueda desconocer el mandato de la Constitución reiteradamente expresado en los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento.

Textualmente agrega:

"No alcanzo a adivinar con criterio jurídico por qué los señores Militares que como Jueces de derecho profirieron las condenas a que se ha hecho mérito mencionaron y aplican el artículo 139 de la ley 95 de 1936, porque si la insurrección militar que se investigó y se juzgó era la contemplada en el Código Militar de 1931 y más precisamente en el artículo 157 de ese Estatuto Militar ¿de dónde sale la referencia de una ley que todavía no había sido expedida?. ¿Cómo puede un Juez condenar a un ciudadano con base en un artículo de una ley del año de 1931 y al mismo tiempo sustentar su decisión en un Estatuto que no podía ser ni siquiera intuído?. ¿Cómo podía el Congreso de 1931 hacer referencia a una ley de 1936?

Pero la verdad es que los legisladores del año de 1931 no realizaron esa labor adivinatoria de lo que iba a pasar en el año de 1936, porque al adoptar el artículo 157 de la ley 84 de 1931 se refirieron a un Código entonces en vigencia y que llevaba muchísimos lustros de estar operando.

En otros términos, el citado art. 157 estaba complementado integral y estructuralmente con los arts. 169 y 170 del Código de 1890. No obstante, la sentencia al aplicar el art. 157 no se atrevió a mencionar sus complementarios y compañeros (los artículos 169 y 170) sino que en una forma inusitada y en un gesto de verdadero capricho le colgó a ese texto el artículo 139 de la ley 95 de 1936 al cual no podía referirse el legislador del año de 1931.

Pero este capricho, tiene una explicación que no tengo inconveniente en reconocer como humano pero que no puedo aceptar que sea jurídico".

Explica que el artículo 139 de la ley 95 en cita se refiere a un hecho semejante al que se contempla en un Código ya extinguido, pero que en la justicia colombiana como en la de todos los países civilizados, en el campo penal no valen las semejanzas ni es lícito aplicar leyes por analogía.

Que al estar derogados los artículos 169 y 170 del Código de 1890, por cuanto éste estaba ya

sin vigencia desde el 1º de julio de 1938, el hecho delictuoso que contemplaba el Código Militar había desaparecido del panorama jurídico y no podía acogerse una legislación que contuviera un precepto análogo al ya expresamente abolido.

Que o se acepta el Código Penal Militar en su integridad y por lo mismo los artículos referentes a la rebelión de que trata el Código de 1890, o se acepta la aplicación de la ley 95 de 1936, no siendo posible lo primero por la derogatoria referida, ni lo segundo porque el Código Militar estaba vigente y la ley 95 citada no formaba parte de ese mismo Código Militar. Aclara que aquella ley es de aplicación exclusiva a los delitos y para las personas no sometidas a los estatutos y regímenes de la justicia militar, y si esto es así, en el proceso a estudio es impertinente en su aplicación, porque el Código Militar estaba vigente y era el único aplicable.

Se pregunta el actor, cómo podía obrar entonces el Juez ante la imposibilidad de aplicar el artículo 157 del Código Penal Militar con sus dos preceptos integrantes del Código común de 1890 y también ante la imposibilidad de aplicar la ley 95 de 1936, respondiendo a la vez que por un olvido legislativo el hecho se había quedado impune al entrar en vigencia la reforma penal, y que en consecuencia la decisión era la de absolver.

En lo referente al Coronel Márquez, manifiesta que prevalecen los mismos argumentos que se dieron para los otros procesados, pues que si bien es cierto que para su caso se cita como fundamento de la pena, el artículo 168 del Código Militar, este artículo no puede entenderse aisladamente, sino con referencia a los mismos artículos aplicables a la rebelión, dentro de la ley 84 de 1931 y como el artículo 157 ya citado era inoperante por haberse derogado los artículos 169 y 170 del Código Penal de 1890, resulta por la misma circunstancia, que también era inoperante el mencionado artículo 168 y por consiguiente su aplicación, puesto que no eran aplicables aquellos a los cuales se refiere y debe seguir la misma suerte.

Por distintos conceptos y diversos caminos —agrega— se produjeron las violaciones de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal, 157 del Código Militar y 139 del Código Penal por indebida aplicación de estos dos últimos.

Termina recordando la sentencia de la Corte

sobre la materia, de fecha 3 de febrero de 1941 (G. J. Nº 1964-65, pág. 569).

Concepto del señor Procurador

El señor Procurador General de la Nación, en cuanto a que la demanda expresa que los hechos por los cuales fueron condenados los recurrentes no estaban contemplados como delitos en la legislación vigente en la época de la comisión, sitúa así las normas jurídicas existentes en el momento de cometerse los sucesos que dieron origen al proceso:

La ley 84 de 1931 que sancionó el delito de rebelión en su artículo 157 con pena de reclusión militar, a los militares de cualquier grado, colombianos o extranjeros, al servicio del ejército que cometieren alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal, pena que se graduará en la proporción que determina el artículo 170 del mismo Código, artículos éstos que eran los del Código Penal de 1890, vigente en el año de 1931.

El Código de las penas que rige en la actualidad, entró en vigor el 1º de julio de 1938 y por su artículo 432 derogó el Código Penal y todas las disposiciones que le eran contrarias, y en cuanto a que el actor sostiene que la aplicación del artículo 157 del Código de Justicia Militar, conduce a darle vigencia a normas expresamente derogadas por el legislador, infringiendo con ello los artículos 26 de la Carta, 1º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento, manifiesta que es indudable que el estatuto penal de 1890 cesó de regir el 1º de julio de 1938 y falta saber si con la derogatoria de ese Código, se hizo tabla rasa de los artículos de la ley de Justicia Militar a que él hacía referencia.

Con relación al artículo 157 manifiesta que en verdad es una disposición legal incompleta, pero que ello no quiere decir que la norma penal lo sea, y si delineaba precisamente una norma penal completa; aún estando esparcida en varios estatutos, la ley 84 de 1931 había recibido y hecho suyas modificándolas, las disposiciones de los artículos 169 y 170 del Código Penal de 1890.

“Entonces —expresa—, ¿una norma puede tener vigencia después de su derogación? Sí, cuando se halla recibida por una ley vigente...”.

En cuanto a esto, como en lo relativo a la disposición incompleta del artículo 157 citado, trae el señor Procurador importantes doctrinas de Fi-

lippo Grisigni dignas de tener en cuenta por la claridad que ellas aportan al caso a estudio.

Insiste en que el artículo 157 de la ley 84 de 1931 hizo revivir disposiciones derogadas al tiempo de su aplicación y que como se verá en el estudio del segundo motivo porque se acusa la sentencia con base en la causal primera, no se operó la aplicación de las disposiciones del Código de 1890 en toda su extensión, a virtud de la existencia del artículo 121 del estatuto de Justicia Militar; y que por lo que hace a la definición del delito militar de rebelión, los múltiplemente citados artículos 169 y 170 nunca dejaron de tener vigencia, porque incorporados en una ley especial, formaron parte de ella hasta que cesó su vigencia.

En lo relacionado con la indebida aplicación del artículo 139 del Código Penal vigente, porque a él no podía referirse la ley de Justicia Militar de 1931, manifiesta el señor Procurador que la ley 84 de ese año, previó su aplicación en consonancia con leyes posteriores, ya que el artículo 121 de este estatuto dispone en su inciso 1º que "Son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en la presente ley". Y que si el Código de 1936 sustituyó al de 1890 y el artículo 139 del primero sustituyó a los artículos 169 y 170 del segundo, se sigue lógicamente la recta aplicación del artículo 139 vigente, al caso de autos.

Fundado en el anterior razonamiento, considera la Procuraduría que la causal primrea alegada no puede prosperar.

Se considera:

La sentencia que es materia de recurso impuso a los procesados la sanción como responsables del delito de rebelión definido y sancionado en los artículos 139 del Código Penal de 1936 y 157 de la ley de Justicia Militar (84 de 1931).

Dice la primera de estas disposiciones:

"Los que promuevan, encabezen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional, legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiera a la formación, funcionamiento o renovación de los Poderes Públicos u órganos de la soberanía, quedarán sujetos a prisión de seis meses a cuatro años, a la interdicción de derechos y funciones públicas

por el mismo tiempo y a la multa de quinientos a cinco mil pesos.

Los que simplemente tomen parte en la rebelión, como empleados de ella con mando o jurisdicción militar, política o judicial, quedarán sujetos a las dos terceras partes de las sanciones indicadas en el inciso anterior.

Los demás individuos comprometidos en la rebelión incurrirán en las mismas sanciones, disminuidas en dos terceras partes".

La segunda de las disposiciones citadas dice:

"Los militares de cualquier grado, colombianos o extranjeros, al servicio del ejército, que cometieren alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal, serán castigados con la pena de seis a doce años de reclusión militar.

Esta pena se graduará en la proporción que determina el artículo 170 del Código Penal".

Invirtiendo el orden de las disposiciones violadas, según el actor, se hace referencia al artículo 139 del Código Penal, respecto del cual se afirma en la demanda que la sentencia es violatoria de esa disposición, por indebida aplicación, toda vez que este estatuto fue expedido en 1936, por lo cual a él no podía referirse el Código Penal Militar de 1931.

Al respecto se observa que en verdad el Código Penal Militar no podía referirse al estatuto penal vigente porque éste entró a regir en 1938, y aquella legislación especial fue expedida en 1931, siendo obvio desde luego, que esta última no podía hacer referencia a un Código que no se había expedido y que por lo mismo no estaba vigente. Por manera que si los hechos de que trata el proceso ocurrieron en el año de 1944, cuando ya estaba en vigencia el nuevo Código Penal y la sentencia acusada dio aplicación al artículo 139 de esa obra, procedió indebidamente al considerar que dicho estatuto tenía relación con el caso a estudio, según la tesis del actor.

Surge, entonces, el interrogante de si podría la justicia militar, instituida para juzgar los delitos cometidos el 10 de julio de 1944, imponer sanción teniendo en cuenta disposiciones del Código común de las penas y al mismo tiempo, las relativas a la justicia penal militar.

Siendo, en primer lugar, el delito de rebelión, un hecho ocurrido con posterioridad a la vigencia del Código Penal que entró a regir en 1938, la aplicación de sanciones impuestas por este Código, no se presta a dificultad alguna por cuanto se está en presencia de la comisión de un delito previsto por la ley, y al mismo tiempo ante

una sanción que por ese delito corresponde, también prevista en ese estatuto penal en vigencia; en segundo lugar, porque en virtud del artículo 1º de la ley 84 de 1931, la justicia militar, en su conjunto, tiene por base los mismos principios de la justicia penal de derecho común, aunque con todas las modificaciones que la organización especial del Ejército y el interés de la disciplina hacen necesaria. "A estos principios —dice dicho artículo— y a las disposiciones del derecho común se ocurrirá siempre que sea necesario resolver casos dudosos o no previstos en la legislación militar".

No se trata, desde luego, de un caso no previsto en la legislación militar, sino de uno en el cual se presenta la duda de si se da aplicación a las disposiciones del Código Penal, o a las relativas a la Justicia Penal Militar. Mas, si como se ve, del artículo 1º de la ley 84 citado, para ambos estatutos rigen unos mismos principios y a ellos y a las disposiciones de derecho común debe ocurrirse en caso de duda, ésta se despeja, y se pone en claro que no es óbice para resolver el problema a estudio, la aplicación del artículo 139 del Código Penal vigente y que, en consecuencia, por este aspecto no se observa indebida aplicación de la ley penal.

En lo tocante a la imposición en la sentencia acusada del artículo 157 de la ley de Justicia Militar, o sea de la 84 de 1931 que sanciona con reclusión militar a los que cometieren alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal, Código éste que como es claro, era el de 1890, derogado en 1938 cuando entró en vigencia el que hoy rige, fundamenta el actor también la tesis de indebida aplicación de la sanción, porque la sentencia se fundamenta en un Código inexistente y se impone allí una pena por hechos contemplados en los artículos 169 y 170 de una legislación extinguida.

Es innegable que cuando se impuso la sanción, el Código Penal de 1890 se encontraba derogado por virtud del artículo 432 del Código Penal actualmente en vigencia que dice: "Derógase el Código Penal y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente ley". Pero igualmente es innegable la vigencia por entonces, de la ley 84 de 1931, sobre Justicia Militar, y que si en verdad el artículo 157 de dicha ley, no especifica delitos, sino que se remite a los contemplados en los artículos 169 y 170 del Código Penal, puede decirse que hizo suyos, para aplicar la sanción, los delitos previstos en esa disposición, en cuyo caso bien

puede aceptarse por acertada y jurídica la apreciación del señor Procurador General de la Nación, de que al hacer referencia dicho artículo 157 a esas disposiciones del Código Penal anterior, hizo "suyas, modificándolas, las disposiciones de los artículos 169 y 170 del Código Penal de 1890".

Es de admitir además, que la nueva legislación penal se coordina con el Código Penal Militar contenido en la ley 84 de 1931, dejando coexistir sus disposiciones con los preceptos de dicha legislación especial militar, de tal manera que ocurrido un hecho dentro de ese tránsito de normas legales, la imposición de las sanciones sería apenas una consecuencia lógica de aquellos preceptos legales y teniendo en consideración las penas contempladas en ambos estatutos, ya que igualmente ambos rigen para el caso, por no estar ninguno de los dos derogado, y siendo esto así se cumplen sus disposiciones en un evento como el propuesto.

Sobre la tesis de la demanda, en cuanto a la derogatoria del Código Penal de 1890, para demostrar que no existía ley aplicable al tiempo de juzgar a los militares comprometidos en este proceso y que por lo mismo deben ser absueltos, una vez que la Corte acepte esa interpretación de los hechos, es de observar:

No porque se hubiese derogado el Código Penal de 1890 podían quedar sin sanción los actos ejecutados durante la vigencia del estatuto que lo reemplazó, porque jurídicamente aquella derogatoria apenas podía surtir sus efectos para infracciones consumadas por delinquentes comunes y no para aquellas ejecutadas por personas que al gozar de fuero están sometidas a una legislación especial, como es el Código de Justicia Militar.

Puede decirse que la circunstancia de existir una legislación penal especial para los militares en servicio impidió la derogatoria total de todas aquellas disposiciones que hacían referencia al Código Penal que regía al tiempo de expedirse la ley 84 de 1931. Al entrar en vigencia un nuevo cuerpo de leyes la sustitución de estatutos se operó no dejando intervalo alguno en donde no hubiese una norma aplicable a los hechos consumados bajo la vigencia de la ley especial destinada a estatuir el régimen de la justicia penal militar.

En síntesis: la ley 84 de 1931 no podía referirse a otro estatuto distinto del que regía al tiempo de su expedición, esto es el Código Penal de 1890. Ello significa que al ser reemplazado por otro, los hechos acaecidos durante la vigencia de aquella ley y justiciables dentro de sus reglamen-

tos y estatutos, continuaban siendo delictuosos y juzgables conforme a sus mandatos, aunque existiese un nuevo Código Penal.

Es apenas elemental que el legislador no puede en todos los casos prever las ocurrencias futuras, pero es evidente que sí puede dar normas que regulen determinadas situaciones. La sustitución del Código Penal de 1890 implica que otro estatuto debe reemplazarlo. Si en el intervalo entre el tránsito de leyes codificadas, la legislación penal militar no ha sufrido modificaciones, la lógica lleva a concluir que las referencias de esta ley especial al Código derogado continúan vigentes en todo aquello en que regulen materias de índole idéntica y por ello mismo resultaron reemplazadas con los preceptos que para casos similares se contienen en el Código Penal nuevo.

Ahora: no habiéndose presentado modificación del Código de Justicia Penal Militar, al reemplazarse el de 1890 por el que entró a regir en 1938, los hechos delictuosos cometidos por militares tenían que caer bajo la jurisdicción del nuevo estatuto, desde luego que como lo sustenta con razones poderosas y todavía no contradichas la Procuraduría, el legislador de 1931 (ley 84) "previó la posibilidad de una sustitución de aquel Código Penal y quiso, expresamente lo estatuyó que las normas contenidas en el estatuto que reemplazara el Código de 1890, tuvieran aplicación en materia penal militar".

Sería aberrante, y también absurdo, que el tránsito de legislaciones hubiese dado como resultado el hecho de dejar punible el delito de rebelión en los particulares y ese mismo hecho —de peculiares condiciones para las fuerzas militares que están obligadas bajo juramento a la defensa intangible de las instituciones de la República— quedara impune por aquella circunstancia.

La ley —como lo anota la Procuraduría— no puede conducir al absurdo, y es ésta una regla de hermenéutica universalmente reconocida. El absurdo en el caso es patente y por lo mismo resulta jurídicamente imposible aceptar una interpretación que a tal extremo conduce.

No está en lo cierto el actor al sostener que el Código Penal de 1890 desapareció "integralmente" el 1º de julio de 1938, cuando entró a regir el nuevo estatuto. Esta afirmación hecha en forma tan rotunda, no es íntegramente exacta. Aquel estatuto sí quedó derogado en el sentido de que el primero de julio de 1938 sus disposiciones quedaron sin aplicabilidad, por cuanto un nuevo Código las reemplazaba; pero es entendido que al-

gunos de sus preceptos continuaban vigentes en cuanto ellos hiciesen parte de una legislación especial sobre justicia penal militar, que al tiempo de entrar en vigencia el nuevo estatuto regía todavía.

El sistema de legislar es vario y no siempre sigue idéntico criterio. El legislador puede señalar las normas legales de dos maneras principales: o bien fija el precepto y la sanción, completando la norma en un mismo texto, o señala el precepto, únicamente, limitándose a determinar la sanción haciendo referencia a otros estatutos sobre la misma materia. Así, se dice: el que cometa tal hecho dentro de estos elementos estructurales, sufrirá la siguiente pena. Existe, en este caso, precepto y sanción en una misma norma. En cambio, cuando legisla en estos o parecidos términos: el que cometiere algún delito de los enumerados en tal artículo de tal Código, sufrirá la sanción siguiente..., lo único que hace es remitir al precepto otro estatuto, el cual por esto mismo será siempre aplicable mientras subsista la legislación remitente.

Este segundo sistema se emplea más generalmente cuando se trata de legislar en forma especial sobre materias sometidas a fuero y por lo mismo no las contempla la legislación común, como es el caso de la Justicia Penal Militar.

Es apenas natural que el último sistema pueda prestarse a dificultades como las que posiblemente surjan del tránsito de una legislación a otra. En efecto, cuando en 1931 se expidió la ley 84 de ese año, regía el Código Penal de 1890. El proceso legal para aplicar el estatuto penal militar no sufrió tropiezo alguno porque el texto de la ley sobre Justicia Militar respondía al contenido del Código Penal común, cuando la norma resultare incompleta por las referencias hechas de la ley al estatuto penal propiamente dicho.

La verdadera dificultad surge al cambiarse la antigua legislación penal por la nueva y al producirse el cambio no se opera al mismo tiempo la modificación del cuerpo de disposiciones que regulan las normas a que deben estar sujetos los individuos sometidos a un fuero cuyos hechos delictuosos los contempla una legislación contenida en el Código de Justicia Penal Militar, escapando de esta suerte a la justicia respectiva del Código Penal común.

Las referencias hechas en la ley 84 de 1931, con relación al Código Penal de 1890, dejan subsistente dicho estatuto en cuanto no puede considerarse derogado en esta parte; o de sostenerse

otra tesis no podría ser distinta de la contenida en el principio de que aún teniendo como derogado el estatuto general (Código Penal de 1890), puede éste ser aplicado después de su derogatoria siempre que alguno de sus textos se encuentre recibido en la legislación vigente (ley 84 de 1931), porque tal derogatoria no surtió en su integridad el efecto de hacer desaparecer totalmente aquella norma, por cuanto una ley en vigencia la contenía y era por tanto susceptible de ser aplicada todavía, en virtud del hecho de que la ley especial no había sido derogada.

Con este orden de ideas se encuentra acorde el señor Procurador General de la Nación: manifiesta que si en verdad el artículo 157 de la ley 84 de 1931 es una disposición legal incompleta, ello no quiere decir que la norma penal lo sea, y si delineaba precisamente una norma penal completa, aún esparcida en varios estatutos, la ley 84 en cita, había recibido y hecho suyas las disposiciones de los artículos 169 y 170 del Código Penal de 1890. Y precisamente basándose en este hecho, acepta la Procuraduría la tesis de que una norma puede tener vigencia después de su derogatoria, cuando se halla recibida por una ley vigente.

Igualmente la Procuraduría, en relación con la indebida aplicación del artículo 139 del Código Penal, manifiesta, según se dejó expresado anteriormente, que la ley 84 de 1931, previó la aplicación de aquel artículo en consonancia con las leyes posteriores, ya que el artículo 121 de esa misma ley dispone que serán aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en esa misma ley; y que si el Código de 1936 sustituyó al de 1890 y el artículo 139 del primero sustituyó a los artículos 169 y 170 del segundo, se sigue lógicamente la recta aplicación del artículo 139 vigente, al caso de autos, tesis ésta que por jurídica y legal comparte la Corte.

No puede intentarse otra explicación al principio contenido en el artículo 121 citado de la ley 84 de 1931. De otra manera ese principio no serviría para decidir situaciones como la presente, y todo indica que su contenido legal no tiene distinto alcance que prever esa contingencia y resolverla, dentro de sus cánones. Y como éstos rezan que la expresión "Código Penal" allí empleada se toma con relación a todo el cuerpo de normas que constituyen ese estatuto, sin sujeción a una época determinada en caso de trán-

sito de legislaciones, sino en cuanto su vigencia en el tiempo a que una ley especial remita a él para determinados efectos jurídicos. En otros términos, mientras esté vigente la ley especial que lo integra dentro de sus mandatos en casos particulares para señalar una sanción al precepto contenido en aquella ley, aquel Código Penal está todavía vigente y por lo mismo sus disposiciones tienen que ser aplicadas. También cuando se dictan leyes que lo complementen o reformen ese estatuto general tiene aplicabilidad en relación con la ley especial. Idéntica conclusión tiene que aceptarse cuando un código sustituya a otro, porque el espíritu que gobierna al texto es que en el interregno entre una reforma al Código Penal, sin que ocurra igual cosa a la ley especial, no quedan sin respaldo en aquel estatuto las referencias contenidas en ésta, que completan el precepto y la sanción cuando ésta resulta contenida en el Código Penal común.

La única excepción ocurre cuando tanto el Código Penal como las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan "no se opongan a las contenidas en la presente ley". Sólo, pues, la oposición entre unos y otros mandatos hace inaplicable en materia de justicia militar las normas del Código Penal común. De tal manera que si esta circunstancia no aparece, en el caso de sustitución íntegra, que es el que aquí se contempla, no es posible desconocer ni rechazar la fuerza de aquel mandato para destruir todo el inteligente razonamiento del actor, examinado de modo principal a restarle importancia a dicha norma, porque comprende que constituye el más fuerte argumento contra la tesis sustentada.

Las anteriores razones llevan a concluir que la causal primera alegada no puede prosperar.

Causal cuarta

"Cuando la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Manifiesta el actor que el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, establece como causal de nulidad la incompetencia de jurisdicción y el artículo 8º de la ley 84 de 1931 dispone que tal incompetencia de jurisdicción dá en todo caso derecho a recurso de nulidad, según se establece en el respectivo capítulo; que de acuerdo con el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal para la investigación y fallo de cada delito se formará un sólo proceso

cualquiera que sea el número de autores o partícipes, norma que se seguirá igualmente si se tratare de varios delitos cometidos en concurso recíproco o acuerdo de varias personas, ya sea permanente o transitorio; y el artículo 54 del mismo Código expresa que los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso.

Agrega que por el Decreto Extraordinario número 1640 de 1944, el Gobierno Nacional radicó en el Comando de la Brigada de Institutos Militares el conocimiento de los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, disponiendo su juzgamiento por medio de Consejos de Guerra Verbales, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VII, Título único del Libro 2º de la ley 84 de 1931.

De conformidad con este Decreto —expresa— y el número 1632 del mismo año de 1944 que declararon turbado el orden público en todo el territorio nacional, se establece con claridad que el hecho por el cual se juzgó a todos los militares comprometidos o presuntos comprometidos, fue el delito de rebelión y este delito, por sus antecedentes conocidos, tuvo que ser el resultado de un designio o propósito colectivo, es decir, que obedece a **una misma intención criminal** y que de haberse realizado en los términos que el apasionamiento político lo expuso en su hora, no sólo sería la manifestación de un mismo designio criminal sino la coparticipación de quienes en él pudieron estar comprometidos. Y tratándose por consiguiente de un solo delito —el de rebelión— no era aceptable el procedimiento que se adoptó de iniciar y adelantar diversas investigaciones para concluir fallando y condenando por separado a los militares en los diversos Consejos Verbales de Guerra que para ello se integraron, no pudiendo haber sino un solo Consejo de Guerra Verbal para juzgar a todos los comprometidos, conforme a los mandatos escritos de la ley, así fueran de numerosos los condenados, pues no se puede hacer esa arbitraria desarmozación, porque con ella se rompe la continencia de la causa.

Pone por ejemplo y pregunta lo que sucedería si en un delito de homicidio individual o colectivo en el que aparecieran numerosos comprometidos, el proceso se investigara y se fallara en distintas causas y por diversos Jueces. Que la nulidad en el ejemplo es obvia y puede aplicarse al delito de rebelión en el cual hubo un solo designio criminal aunque distintos participantes.

Termina reforzando las anteriores considera-

ciones con la circunstancia de que según el inciso 2º del artículo 112 de la ley 84 de 1931 si se trata de delitos conexos cometidos por varios militares será competente la autoridad a quien corresponda juzgar al de mayor grado o antigüedad de los acusados, y que el hecho cierto es que cada Consejo de Guerra Verbal de los que se reunieron para juzgar por el delito de rebelión a los militares a quienes se acusa como comprometidos en el golpe de Pasto de 1944, carecía de competencia para hacerlo, por las razones anotadas, y así la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Concepto de la Procuraduría sobre la causal cuarta

En relación con la causal cuarta invocada por el demandante referente a que no se juzgó en un sólo proceso a los militares comprometidos en el delito de rebelión, manifiesta la Procuraduría que el razonamiento del demandante debería prosperar de no existir el artículo 2º del Decreto 1640 de 13 de julio de 1944, según el cual se facultó al Comandante de la Brigada de Institutos Militares para disponer la convocatoria "**del Consejo o Consejos de Guerra Verbales**" que se estimaran necesarios para juzgar los delitos en que habían incurrido los militares comprometidos en la rebelión de 1944.

La Procuraduría está de acuerdo con el demandante en cuanto a que el hecho porque se juzgó a los militares tenía una misma intención criminal, pero que las normas que ordenan seguir un sólo proceso para un mismo delito, auncuando sean muchos los autores o partícipes, fueron suspendidas en su vigencia, por el artículo citado que autorizó la convocatoria de los Consejos de Guerra que se estimaran necesarios.

Igualmente estima por esto que no debe prosperar el cargo y termina el señor Procurador solicitando que no se case la sentencia recurrida.

Se responde

Es cierto que según las voces del art. 52 del C. de Procedimiento Penal, para la reivindicación y fallo de cada delito se formará un solo proceso y que idéntica norma se seguirá cuando se trate de varios delitos cometidos por acuerdo entre varias personas. Es de suponer que el delito de rebelión de que aquí se trata puede catalogarse en esta

última contingencia, pero así y todo, no puede hablarse de nulidad, ni por el aspecto constitucional ni por el legal.

Por este último aspecto, es evidente que el Código crea una serie de hechos que de pretermittirse cualquiera de las formalidades exigidas en ellos acarrea nulidad, siempre y cuando que una actuación posterior de la parte perjudicada no revalide la informalidad hasta darle vida jurídica, porque no le fueron conculcados los derechos allí preestablecidos para ejercer su defensa.

Otro tanto ocurre con la nulidad de carácter constitucional. Ella no opera cuando los intereses de la parte lesionada con la informalidad no resulta perjudicada en los límites que la norma señala para ejercitar sus derechos de defensa. Sólo cuando éstos son vulnerados se ofrece la posibilidad de que los actos realizados con menoscabo de esos derechos resulten írritos y por ende nulos.

Pero cuando las partes interesadas ejercitan la plenitud de sus garantías legales, sin que nada haya menoscabo tales garantías consagradas por la Constitución y la ley, no puede hablarse de hecho ninguno constitutivo de nulidad.

Esto al margen del argumento que presenta la Procuraduría y que resulta de incuestionable fuerza para contestar las razones en que el actor basa su petición de que el juicio está viciado de nulidad.

Podría decirse, también, que el Decreto 1640 del 13 de julio de 1944, tiene fuerza legal bastante para suspender la legislación existente antes de su expedición, como se desprende del tex-

to del artículo 121 de la Constitución. De esta suerte y para el juzgamiento de los militares comprometidos en el delito de rebelión que dio pretexto a la turbación del orden público, quedaron suspendidas todas aquellas disposiciones del estatuto procesal que contemplan las competencias para juzgar hechos sometidos a esa legislación común. No existió, pues, incompetencia de jurisdicción, por cuanto que la competencia en este caso no surgió de los preceptos ordinarios, sino del extraordinario contenido en el Decreto 1640, única norma aplicable en la emergencia que dio motivo a su expedición.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal —administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, NO CASA la sentencia recurrida por la cual se condenó a los señores Coronel Eurípides Márquez, Teniente Coronel Quintín Gustavo Gómez y Teniente Coronel Ernesto Velosa Peña a la pena principal de cinco, seis y tres años y un mes de reclusión militar, respectivamente, como responsables del delito de rebelión y a las penas accesorias pertinentes, entre ellas la destitución militar a los sentenciados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA VICTIMA DEL DELITO, O SUS HEREDEROS SON EXTRAÑOS AL RECURSO DE REVISION, PORQUE ESTE RECURSO TUTELA LA INOCENCIA DEL CONDENADO

El recurso extraordinario de revisión está establecido en favor del injustamente condenado. De ahí que en el incidente sólo se discuta si la persona que está sufriendo una pena fue condenada con base en un hecho o pruebas que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas. El recurso no tiene por finalidad la de corregir el error en que hubiere incurrido el fallador sobre la cantidad o calidad de la pena impuesta, sino sobre una o más de estas circunstancias: a) que el procesado ha sido condenado por un delito que no pudo ser cometido sino por un solo individuo y por el cual ya se condenó a otro; b) que se le ha condenado por un delito inexistente; c) que la prueba que sirvió para condenar es falsa; d) que esa prueba fue obtenida por medios no autorizados por la ley; y e) que después de la sentencia aparecieron hechos nuevos, o pruebas no conocidas al tiempo de los debates, conforme a las cuales resulta la inocencia del acusado, o que constituyen siquiera indicios graves de tal inocencia. De tal suerte que la apreciación de los elementos probatorios, referentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que influyen en la determinación de la pena, son factores que deben estimarse en las instancias del juicio, y no en este recurso de revisión, porque esta medida no es una tercera instancia y sólo es aplicable para los casos taxativamente enumerados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo mismo que la revisión tutela la inocencia del condenado, es un recurso propio de éste y también del Ministerio Público, que obra en interés de la ley y de la sociedad, de donde se sigue que la víctima del delito o sus herederos (parte civil) son extraños a este recurso, puesto que esas

personas sólo tienen dentro del proceso penal un interés jurídico limitado a asegurar el resarcimiento del daño causado por la infracción, para lo cual pueden pedir las pruebas atinentes a la existencia del delito y a la responsabilidad de su autor, o sea, a establecer, precisamente, algo distinto a la inocencia del condenado, que es la finalidad de la revisión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veintitres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

La señora Margarita Vargas v. de Borda, en su calidad de cónyuge sobreviviente de Pedro Pablo Borda y de madre de varios hijos de éste, ha propuesto —por medio de su apoderado— recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas de primero de abril de 1949 y 23 de agosto del mismo año, dictadas aquélla por el Juzgado Primero Superior de Tunja, y ésta por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en las cuales se condenó a Aristides Sanabria Barajas, como responsable del delito de homicidio en la persona de Pedro Pablo Borda, esposo de la demandante, a la pena principal de ocho años y dos meses de presidio.

El recurso se ha tramitado de acuerdo con los artículos 572 a 574 del Código de Procedimiento Penal, y en relación con él ha emitido concepto el señor Procurador Delegado en lo Penal.

En la demanda no se invoca expresamente ninguna de las causales señaladas por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. Dos son los hechos esenciales del libelo:

1º—Que los juzgadores de instancia reprimieron el homicidio cometido por Aristides Sanabria Barajas como simplemente intencional, cuando las pruebas del proceso evidencian que “el delito que cometió en acecho, a mansalva y sobre seguro, con traición y alevosía y por antecedentes de perversidad y temible peligrosidad del criminal Sanabria”; y

2º—Que Sanabria Barajas no obró solo al cometer el delito, sino “por precio e instigación de José H. Alvarez y Cándido Cuadros”; según algunas declaraciones que adjunta a la demanda.

En consecuencia, solicita la demandante que se ordene “la reapertura de la más completa investigación y perfeccionamiento del proceso, se sancione con el mayor rigor tan monstruoso delito y se condene al pago del máximo de los perjuicios morales y materiales a la viuda y huérfanos, hijos legítimos del occiso”. Agrega que la pena de ocho años y dos meses de presidio a que fue condenado Sanabria Barajas no corresponde a la gravedad del delito cometido.

Se considera:

El recurso extraordinario de revisión está establecido en favor del injustamente condenado. De ahí que en el incidente sólo se discuta si la persona que está sufriendo una pena fue condenada con base en hecho o pruebas que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas. El recurso no tiene por finalidad la de corregir el error en que hubiere incurrido el fallador sobre la cantidad o calidad de la pena impuesta, sino sobre una o más de estas circunstancias: a) que el procesado ha sido condenado por un delito que no pudo ser cometido sino por un solo individuo y por el cual ya se condenó a otro; b) que se le ha condenado por un delito inexistente; c) que la prueba que sirvió para condenar es falsa; d) que esa prueba fue obtenida por medios no autorizados por la ley; y e) que después de la sentencia aparecieron hechos nuevos, o pruebas no conocidas al tiempo de los debates, conforme a las cuales resulta la inocencia del acusado, o que constituyen siquiera indicios graves de tal inocencia. De tal suerte que la apreciación de los elementos probatorios, referentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que influyen en la determinación de la pena, son factores

que deben estimarse en las instancias del juicio, y no en este recurso de revisión, porque esta medida no es una tercera instancia y sólo es aplicable para los casos taxativamente enumerados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

“Por lo mismo —dice el señor Procurador Delegado en lo Penal— que la revisión tutela la inocencia del condenado, es un recurso propio de éste y también del Ministerio Público, que obra interés de la ley y de la sociedad. De donde se sigue que la víctima del delito, o sus herederos (parte civil) son extraños a este recurso, puesto que esas personas sólo tienen dentro del proceso penal un interés jurídico limitado a asegurar el resarcimiento del daño causado por la infracción, para lo cual pueden pedir las pruebas atinentes a la existencia del delito y a la responsabilidad de su autor, o sea a establecer, precisamente, algo distinto a la inocencia del condenado que es la finalidad de la revisión.

“En este orden de ideas —prosigue— resultan impertinentes las pretensiones de la demandante, en su carácter de esposa del que murió y de representante de sus menores hijos, pues lo que intenta en el fondo es que se agrave la pena impuesta al homicida Sanabria, contra expresa prohibición del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, y que la investigación se reabra para adelantarla contra los presuntos autores intelectuales del delito, situación ésta que en nada se relaciona con la inocencia del reo Sanabria. Lo primero —considerar a Sanabria como autor de homicidio —asesinato— debió ventilarse en las instancias del juicio mediante la declaratoria de veredicto contrario a la evidencia de los hechos, conforme a los artículos 537 y 554 del estatuto procesal citado; y lo segundo —averiguación de los autores intelectuales— se hace por un sistema distinto al de la revisión, o sea ordenando sacar las copias que prevé el artículo 430 ibidem, cosa que dispuso el Tribunal Superior de Tunja al confirmar el auto de proceder como puede verse al folio 9 del cuaderno 3º”.

De lo anterior se desprende que el recurso interpuesto no puede prosperar por haber sido intentado por parte ilegítima, y porque los fundamentos en que se apoya la demanda sólo pueden ser valederos en los recursos ordinarios del juicio penal y posiblemente en el extraordinario de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión solicitada por la señora Margarita Vargas v. de Borda, como esposa de la víctima y representante de sus hijos menores, del proceso que se siguió ante el Juzgado Primero Superior de Tunja y el Tribunal Superior de la misma ciudad, en el cual fue condenado Aristides Sanabria Barajas, por el delito de homicidio en la persona de Pedro

Pablo Borda, a la sanción principal de ocho años y dos meses de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente, por conducto del respectivo Tribunal, al Juzgado de origen.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

LA JUSTICIA ORDINARIA ES SIEMPRE COMPETENTE PARA CONOCER DE LA ACCION DE PAGO POR ACTOS DE OCUPACION DE INMUEBLES PARA LA EJECUCION DE TRABAJOS DE UTILIDAD COMUN, CUANDO LA OCUPACION SE RESUELVE EN UNA ENAJENACION DE LA PROPIEDAD PRIVADA A FAVOR DE LA ADMINISTRACION; Y NO IMPORTA QUE ESA ACCION HAYA SIDO PROPUESTA INDEPENDIENTEMENTE DE LA REIVINDICATORIA

Cuando la acción de pago o indemnizatoria por actos de ocupación de inmuebles ejecutados por la Administración para la ejecución de trabajos de utilidad común, se resuelve definitivamente en una enajenación de la propiedad privada a favor de la misma Administración, corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento de la controversia, de acuerdo con claras normas constitucionales. No importa que la acción haya sido propuesta como consecuencia de la declarativa de dominio o de la reivindicatoria, o independientemente de éstas; en caso contrario, esto es, cuando sólo se busca una reparación de los daños causados por tal ocupación, sin traslado de la propiedad, es la jurisdicción de lo Contencioso administrativo la competente para conocer del negocio. La diferencia entre las dos situaciones es sustancial, como que en la primera va implícita una cuestión de dominio, extraña cuando sólo se demandan perjuicios, y que es del resorte exclusivo del órgano Judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de enero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

Concluidas como se hallan las ritualidades de procedimiento, corresponde a esta Sala entrar a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, del auto fechado el 4 de septiembre de 1950, proferido por el Tri-

bunal Superior de Manizales en el incidente de excepciones dilatorias propuesto por el Personero Municipal de la misma ciudad en el presente juicio ordinario incoado por la expresada Compañía contra la Nación y el Municipio de Manizales.

La excepción propuesta es la de declinatoria de jurisdicción, que el Personero de Manizales fundamenta así:

“Primero: Desde hace muchísimos años el Municipio de Manizales ocupó con la apertura de dos calles las dos vías de que hablan los hechos noveno y décimo del libelo de demanda, sin oposición alguna por parte de la Compañía demandante.

“Segundo. Estas obras fueron ejecutadas por el Municipio con sus propios fondos y de ellas han hecho uso las personas que por cualquier causa han tenido que transitar por allí, entre otras la misma Compañía THE DORADA RAILWAY (ROPEWAY) LIMITED, mediante la circulación de los vehículos automotores que movilizan la carga que transporta el cable aéreo de su propiedad.

“Tercera: La expresada Compañía demanda por conducto de su apoderado doctor Daniel Restrepo Escobar, el dominio y la posesión material e inscrita de las referidas fajas de terreno, porque el Municipio de Manizales, sin previa indemnización, pues que no las ha comprado, expropiado o adquirido a ningún título, ejecutó la apertura, nivelación y arreglo de tales vías dándoles el carácter de calles públicas, y por lo mismo está obligado a pagar el valor de las dos fajas, hecho lo cual el demandante le transmitirá al Municipio el dominio de ellas.

“Cuarto: De la lectura del libelo de la demanda se desprende con toda claridad que el deman-

dante lo único que pretende es que el Municipio de Manizales o la Nación Colombiana, lo indemnice por la expropiación indirecta de que ha sido objeto.

“Quinto: En síntesis, se trata de la ocupación de una propiedad inmueble por causa de trabajos públicos, en que el demandante solicita se condene a la Administración Municipal al pago de lo que valga la parte ocupada, por concepto de indemnización.

“Sexto: Según lo dispuesto en los artículos 161 y 162 de la Ley 167 de 1941, sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa, las indemnizaciones que se reclaman del Estado, los Departamentos y Municipios por ocupación de propiedades inmuebles con motivo de la ejecución o desarrollo de obras públicas nacionales, departamentales o municipales, se deciden por la jurisdicción contencioso-administrativa, bien ante el Consejo de Estado o los tribunales respectivos, según sea la Entidad demandada.

“Séptimo: De acuerdo con las disposiciones anteriormente mencionadas, ese Tribunal carece de competencia para conocer de la demanda instaurada por el demandante THE DORADA RAILWAY (ROPEWAY) LIMITED contra la Nación Colombiana y el Municipio de Manizales, por estar el conocimiento del negocio atribuido expresa y terminantemente al Consejo de Estado o al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas”.

La articulación a que dio origen esta demanda de excepciones fue fallada por el Tribunal de primer grado por auto de 4 de septiembre de 1950, en el cual declaró probada la excepción de declinatoria de jurisdicción considerando que la **causa petendi** de la acción instaurada por The Dorada Railway estriba en los hechos 12 y siguientes del libelo de demanda, reglados privativamente por el régimen contencioso-administrativo de las ocupaciones por causa de trabajos públicos, todo ello de acuerdo con doctrinas jurisprudenciales imperantes.

El recurrente no alegó en esta instancia y no se conocen, por tanto, las razones en que fundamenta su apelación.

La Sala considera:

Conviene ante todo dilucidar si la interpretación dada por el Tribunal a la demanda de The Dorada Railway Limited en el sentido de que lo que pretende esencialmente el actor es el pago de la indemnización de la zona de terreno en que fue construida por el Municipio de Manizales la

calle o avenida de que trata la expresada demanda, es acertada, o si, en verdad, la acción indemnizatoria es consecuencial a una declaratoria de dominio, caso este último muy generalizado en esta clase de juicios contra las entidades públicas. De tal definición se podrá concluir con apoyo en reciente jurisprudencia de esta Corte si el Tribunal obró acertadamente al declarar que la justicia ordinaria no es competente para decidir de este pleito.

Para ello es preciso acudir al texto mismo de las impetraciones de la Compañía demandante. Dicen ellas así:

“**Primera.**—Que las fajas de terreno determinadas en el hecho 10 de la demanda, no las ha enajenado a nadie The Dorada Railway (Ropeway Extension Limited), y en ningún caso las ha enajenado ni a la Nación ni al Municipio de Manizales.

“**Segunda.**—Que en consecuencia de la anterior declaración, el dominio y la posesión material e inscrita de las referidas fajas de terreno están radicados y vinculados en cabeza de la compañía extranjera mencionada en la petición **Primera**.

“**Tercera.**—Que también, como consecuencia de la declaración **Primera**, las fajas de terreno en cuestión no son calles ni bienes de uso público, a pesar de que por esas fajas transiten o puedan transitar personas y vehículos.

“**Cuarta.**—Que el hecho del tránsito de que se habla al final de la petición **Tercera**, y tenidas en cuenta las declaraciones de las peticiones **Primera** y **Segunda**, es un simple caso de tolerancia o de permiso tácito de The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, sin que ni ese permiso tácito ni esa tolerancia hayan llegado, por ningún motivo ni por ninguna causa, a hacer que las mencionadas fajas de terreno hayan adquirido el carácter jurídico de calles de uso público.

“**Quinta.**—Que como consecuencia de todas las anteriores declaraciones, si el Municipio de Manizales, o la Junta de Valorización de Manizales, o la Nación, o los tres, o cualesquiera de éstos, desean o necesitan empatar la Avenida del Cable de que trata el hecho número 12 con la parte sur de las tantas veces mentadas dos fajas, tienen que comprar, o expropiar o adquirir por cualquier medio legal las referidas fajas de terreno de propiedad de The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited.

“**Sexta.**—Que la servidumbre de tránsito constituida por The Dorada Railway (Ropeway Ex-

tension) Limited, sobre la faja de terreno comprado por esa compañía a Francisco Botero y a María Mejía de Botero en la escritura 829 de que tratan los hechos 2 y 4, y a favor del terreno que la expresada señora tiene o tenía a lindes de la faja de terreno vendida, no pertenece hoy a ninguno de los demandados, pues dicha servidumbre no la adquirieron ninguno de esos dos demandados ni por el contrato de la escritura 500 citada en el hecho 5 ni por ningún otro título o modo.

“Petición subsidiaria —para el caso de que no se hagan las declaraciones principales— pido atentamente que, en subsidio, se resuelva que el municipio de Manizales está obligado a pagar al demandante el valor o el precio de las dos fajas de terreno determinadas en el hecho 10 de la demanda, valor o precio que será el que se fije por peritos dentro de este juicio, o el que se fije dentro del juicio que sea procedente para cumplir la sentencia que se profiera. Como consecuencia de la declaración subsidiaria, el demandante, en la oportunidad legal del caso, transmitirá al Municipio de Manizales el dominio de las dos fajas de terreno tantas veces mentadas”.

Para metodizar el estudio de la cuestión así propuesta, conviene exponer la opinión expresada por el señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato visible al folio 6 de este cuaderno, destinado a sustentar el presente recurso, cuyos conceptos pueden ser resumidos así:

El precepto acerca de la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para conocer y decidir de las contenciones sobre derecho privado consagrado en los numerales 1º y 2º del artículo 76 del C. Judicial, fue restringido en su alcance por las normas excepcionales del Código Administrativo contenidas en sus artículos 34, 54, 261 y 262, que atribuyó a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para decidir de las controversias que se susciten contra la Administración Pública a causa de ocupaciones semejantes a la que es materia del presente juicio.

Al efecto, y después de hacer transcripción de las disposiciones últimamente citadas, afirma:

“De acuerdo con el principio establecido por la doctrina de que trabajo público es el ejecutado por una persona administrativa con un interés general y con mira a la prestación de un servicio público, y ante la claridad de las disposiciones en cita, que fijan la competencia de las acciones indemnizatorias dirigidas contra las entidades de

Derecho Público por las causas aludidas, es forzoso admitir, que cuando dichas entidades ocupan un inmueble de propiedad particular, sin ningún título preconstituído y por vía de hecho como un acto de la administración, con la finalidad de prestar un servicio público de interés general, pueden lesionar el patrimonio particular. Para tutelar ese derecho particular y privado, la ley positiva colombiana ha establecido el régimen de la indemnización, pero atribuyendo las controversias que puedan suscitarse por tal motivo a la jurisdicción encargada de ventilar el contencioso de los actos y los hechos de la Administración Pública, que es la justicia administrativa”.

Pasa en seguida a ocuparse de los hechos de la demanda incoada por The Dorada Railway en el presente negocio, y de las peticiones anteriormente transcritas, y luego de sentar la afirmación de que en la expresada demanda se incurre en una inadmisibles acumulación de acciones, concluye:

“En efecto: las declaraciones sobre dominio a que se refieren las peticiones marcadas con los numerales 1º, 2º, 3º y 4º y la relacionada con la declaración negatoria de servidumbre a que alude el numeral 6º, entrañan sin lugar a duda problemas de derecho privado; cuya solución corresponde al órgano judicial; la petición quinta, que busca el pago del terreno o vía ocupada por el Municipio de Manizales, incide claramente en un problema indemnizatorio y subordinado en cuanto a su causa o actos de la administración, que por su naturaleza son del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa; y en la petición subsidiaria está nitidamente caracterizada la acción indemnizatoria, de competencia exclusiva de la justicia contencioso-administrativa, según el numeral 7º del artículo 54 del C. C. A. (en cuanto se refiere al Municipio de Manizales) y de conformidad con los artículos 34, numeral 2º y 261 del mismo Código (por lo que hace referencia a la Nación)”.

Apoyado en estos principales argumentos, el señor Procurador Delegado llega a la conclusión de que habiéndose propuesto la demanda con la errada pretensión de acumular en ella dos acciones, la de dominio y la indemnizatoria, que corresponden a distintas jurisdicciones, lo procedente, de acuerdo con principios de economía procesal y con doctrinas emitidas en casos semejantes por esta Corte, es circunscribir a las peticiones sobre pago de la zona ocupada por el Municipio de Manizales el reconocimiento de la excepción

dilatoria hecho por el Tribunal, y que se prosiga el juicio en relación con la acción petitoria de dominio.

La solución de este problema de orden jurisdiccional no ofrece dificultad, si se tiene en cuenta que el caso aquí contemplado encaja por todos sus aspectos dentro de la jurisprudencia que ha venido sosteniendo la Sala, según la cual, cuando la acción de pago o indemnizatoria por actos de ocupación de inmuebles ejecutados por la Administración para la ejecución de trabajos de utilidad común, se resuelve definitivamente en una enajenación de la propiedad privada a favor de la misma Administración, corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento de la controversia, de acuerdo con claras normas constitucionales. No importa que la acción haya sido propuesta como consecuencia de la declarativa de dominio o de la reivindicatoria, o independientemente de ésta. En caso contrario, esto es, cuando sólo se busca una reparación de los daños causados por tal ocupación, sin traslado de la propiedad, es la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo la competente para conocer del negocio. La diferencia entre las dos situaciones es sustancial como que en la primera va implícita una cuestión de dominio, extraña cuando sólo se demandan perjuicios, y que es del resorte exclusivo del órgano judicial.

En el fallo de 4 de agosto último, para no citar otros de reciente data, esta Sala ratificó por segunda vez su tesis de que es opuesto al mandato de los artículos 30 y 33 de la Carta el concepto que venía prevaleciendo hasta esa oportunidad de que conforme a los artículos 34, 54, 261 y 262 del Código Contencioso-Administrativo (Ley 167 de 1941), las controversias sobre indemnización por ocupaciones de la propiedad privada por el Estado o a nombre de éste con trabajos públicos debían corresponder, sin excepción, al privativo conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, entre otras razones, "porque el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o de interés social no puede realizarse sino mediante sentencia judicial e indemnización previa. Y el artículo 33 estatuye que: "En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al Órgano Judicial...". Agregando, ade-

más, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes...".

Del fallo citado es la siguiente conclusión:

"De esta suerte, bien puede concluirse que los preceptos de la ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causen en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una **simple reparación de daños** producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que —desde luego— no pueden considerarse extraños los que se siguen de una **ocupación** que por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de índole puramente transitoria; pero que son absolutamente inaplicables, cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio. Porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (artículo 955 del C. C.), antes que de una acción puramente indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la justicia ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla". (Juicio ordinario de José Antonio Bula contra la Nación).

The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, ejercita en este juicio una acción principal declaratoria de propiedad inscrita, sobre una faja de terreno ocupada por el Municipio de Manizales como vía de utilidad pública, y pide, además, que el Municipio o la Nación, o ambos a la vez, le paguen el precio que pericialmente se fije de aquella zona. No se trata, pues, de una ocupación transitoria, sino de una definitiva, dada la destinación con que fue afectada la faja de terreno que es materia de la demanda.

Es, pues, aplicable en toda su extensión y alcance, la norma jurisprudencial de que se ha hecho mérito, no obstante la ahincada defensa que ha hecho el señor Procurador de su tesis sobre subdivisión de la competencia, y acerca de la cual, cabe anotar, no comporta nuevos elementos

de convicción que sean parte a inclinar a la Sala a variar la doctrina comentada, anclada firmemente en terminantes preceptos de la Constitución Nacional.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Nenerales, **REVOCA** el auto recurrido, y en su lugar declara improcedente la excepción dilatoria de declinatoria de

jurisdicción introducida en este juicio por el Personero Municipal de Manizales.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvanse los autos.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez — Agustín Gómez Prada — Rafael Leiva Charry — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DECLARATIVA DE QUE UN TERRENO SE HALLA LIBRE DE LA ACCION EXTINTIVA DEL DOMINIO DE QUE TRATA EL ARTICULO 6° DE LA LEY 200 DE 1936

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y siete de enero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Armando L. Fuentes, obrando como apoderado de los señores José María Castro Monsalvo, Roberto M. Pavajeau y Delfina Pavajeau de Maestre, solicitó del Tribunal Superior de Santa Marta que, con audiencia del señor Fiscal de la Corporación y mediante los trámites legales, se hicieran las siguientes declaraciones:

“Que el terreno denominado **Laguna Limpia**, ubicado en el Municipio de Valledupar y comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte, el caño de La Caja; Este, los terrenos de Aguas Blancas; Oeste y Sur, Arroyo de Sanguijuela, está explotado económicamente por los señores doctor José M. Castro Monsalvo, Roberto Pavajeau y señora Delfina P. de Maestre, en los términos y para los efectos de la ley 200 de 1936.

“Que se declare, en consecuencia, en virtud de lo anterior, que el terreno denominado **Laguna Limpia**, arriba descrito, se halla libre, por diez años, de la acción extintiva de dominio que consagra el artículo 6° de la referida ley 200 de 1936.

“Que el terreno denominado **Tablazo y Guayabital o Hato Grande**, ubicado en el Municipio de Valledupar y comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte, arroyo de Caballero; Sur, arroyo de Caracolí; Este, arroyo de Sanguijuela, y Oeste, cordillera o Serranía de las Nevadas, está explotado económicamente por los señores doctor José M. Castro Monsalvo, Roberto M. Pavajeau y señora Delfina P. de Pavajeau, en los términos y para los efectos de la ley 200 de 1936.

“Que se declare, en consecuencia, en virtud de lo anterior, que el terreno denominado **Tablazo y Guayabital o Hato Grande**, arriba descrito, se halla libre, por diez años, de la acción extintiva de dominio que consagra la referida ley 200 de 1936”.

De la expresada demanda se dio traslado al se-

ñor Agente del Ministerio Público, y una vez agotada la actuación procesal correspondiente, el Tribunal falló el asunto por sentencia de fecha diez y ocho de abril de mil novecientos cincuenta y uno, en el sentido de hacer las declaraciones pedidas por los demandantes, “menos en lo que concierne a lo poseído por el señor Pascual Castro, según el acta de inspección ocular”, en relación con el globo llamado Laguna Limpia.

Venida en consulta la sentencia en cuestión a esta Sala de la Corte, el señor Procurador Delegado en lo Civil ha conceptuado que debe confirmarse, considerando que las pruebas aportadas al proceso son suficientes, ya para demostrar que los demandantes son condueños en los terrenos a que se refiere el juicio, ya para establecer que los han explotado económicamente por un término de diez años.

Y en efecto:

Según sus correspondientes hijuelas (fls. 1 a 10 del cuaderno número 1), a los demandantes se les adjudicaron ciertos derechos o cuotas en los terrenos llamados “Laguna Limpia” y “Tablazo y Guayabital” o “Hato Grande”; títulos que evidentemente son bastantes, desde el punto de vista de la acción ejercitada en este juicio, para demostrar el interés jurídico previsto por el artículo 33 de la ley 100 de 1944. A este respecto es ilustrativa la doctrina jurisprudencial citada por el Tribunal y por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Y en cuanto al objeto de las declaraciones impetradas, al folio 12 y v. del cuaderno número 1 obran las deposiciones de los señores Virgilio Baute y Eloy C. Quintero, quienes mediante la afirmación de tenex un conocimiento directo del globo de terreno denominado “Laguna Limpia, Guácimo y Yeguas”, manifiestan que los señores José M. Castro Monsalvo, Roberto Pavajeau y Delfina Pavajeau de Maestre, y sus antecesores, vienen explotando económicamente dicho globo desde hace más de treinta años, donde tienen casa de habitación, corrales y ganados en épocas de verano. En sentido semejante también depo-

nen los señores Efraín Rebolledo y Rafael Suárez (fls. 13 v. a 15 del cuaderno número 1), respecto de la explotación económica por los demandantes del terreno llamado "Tablazo", compuesto de los hatos de ganado "Villarrosa", "Villarita" y "El Tablazo".

Además, en el acta de la insecpción ocular practicada por el Juez Promiscuo del Circuito de Valledupar en las tierras de "Laguna Limpia" y "Tablazo, Guayabital o Hato Grande", consta que los globos de terreno en referencia corresponden a los descritos en la demanda; que en esos globos tienen sus posesiones los señores José María Castro Monsalvo, Roberto M. Pavajeau y Delfina Pavajeau de Maestre; y que a la fecha de la diligencia estaban explotados económicamente con ganado vacuno, ovino y cabrío en cantidad aproximada de tres mil cabezas, lo cual satisface la proporción exigida por el artículo 6 del Decreto número 0059 de 1938, reglamentario de la ley 200 de 1936.

De todo lo cual se deduce que la sentencia consultada se ajusta a las prescripciones del artículo 33 de la ley 100 de 1944, en armonía con las correspondientes disposiciones de la ley "sobre régimen de tierras".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Santa Marta con fecha diez y ocho de abril del año pasado.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín

Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE DEMANDAS POR INDEMNIZACION DE LAS ZONAS AFECTADAS DEFINITIVAMENTE A UNA OBRA PUBLICA CORRESPONDE A LA JUSTICIA ORDINARIA.—LAS PALABRAS “SENTENCIA JUDICIAL” Y “ORDEN JUDICIAL” EMPLEADAS POR LA CONSTITUCION NACIONAL AL TRATAR DE LA EXPROPIACION, NO COMPRENDEN TAMBIEN A LOS FALLOS QUE PROFIERE LA JUSTICIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1.—En varios fallos, la Sala de Negocios Generales de la Corte ha seguido la doctrina de que la justicia ordinaria es competente para conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o social, y ello no sólo cuando se ejercita la acción declarativa de dominio, sino también la de indemnización o pago de los terrenos ocupados de hecho por la Administración.

En efecto, el artículo 76 del Código Judicial le atribuye expresamente a los Tribunales Superiores, en primera instancia, el conocimiento “de los asuntos contenciosos en que sea parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado”, entre las cuales están comprendidas las que se relacionan con la propiedad.

Y si bien es cierto que la Ley 167 de 1941 le atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa lo referente a las indemnizaciones a cargo de la administración por causa de trabajos públicos y, expresamente, el pago de las zonas ocupadas por tal motivo (artículos 33, ordinal 2º, y 52, ordinal 7º), dichos preceptos son inaplicables, porque se oponen a los principios que se deducen de los artículos 30 y 33 de la Carta Fundamental.

Comentando estos preceptos ha dicho la Sala que “la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público, sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que ésta sea la que decreta el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que, además, implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la administración esa propiedad privada, bien sea en

forma específica o en su valor (INDEMNIZACION O PAGO DE ELLA), debe ser del conocimiento de la justicia común”. (G. J. número 2100-2101, pág. 809).

2.—Porque no se pueda ordenar la restitución del predio, sino que apenas se pueda ordenar su pago al desposeído por el Estado mediante la ocupación para trabajos públicos, no puede decirse que el actor se limite a ejercer una acción por simples daños o de mera reclamación de perjuicios, porque si el actor no es dueño, no podría ordenarse el pago del terreno.

Respecto de los perjuicios, cabe observar que ellos pertenecen a esta acción, pues que con la orden de entregar el valor de la cosa ocupada, es forzoso ordenar también que se indemnicen los daños y se restituyan los frutos al actor, teniendo en cuenta la buena o mala fe del demandado. Los perjuicios no constituyen, pues, en estos casos, una acción distinta que se haya ejercitado con la acción sobre pago y que se pueda separar, sino una misma con ella.

3.—Forzoso es reconocer que la justicia contencioso-administrativa, cuando falla, es también parte del poder jurisdiccional, y que en esa denominación se comprende toda entidad que sentencie definitivamente derechos en colisión, o sancionando delitos, por autoridad del legislador, pero cabe no olvidar que dentro del poder o rama jurisdiccional se han establecido categorías, encargada cada una de funciones diversas y que, cuando en la Constitución se emplean las expresiones “sentencia judicial” (artículo 30) y “orden judicial” (artículo 33), se entiende la justicia común u ordinaria. Eso se deduce de algunos preceptos como el 159, que habla de “los funcionarios del orden judicial” y de los de la “jurisdicción de lo

contencioso-administrativo" como pertenecientes a entidades diferenciadas específicamente dentro de la rama jurisdiccional.

Por lo demás, si se aceptara la tesis contraria, esto equivaldría en el fondo a que a los interesados se les permitiera escoger la jurisdicción que haya de juzgarlos, pues según los términos en que formulen sus peticiones, la acción será de competencia de la justicia ordinaria o de la justicia contencioso-administrativa. O sea, que si piden la declaración de dominio y el pago de la zona ocupada por razón de trabajos públicos, para el caso de que no se pueda decretar la reivindicación, el asunto será de la competencia de la justicia común; mientras que si se limitan a pedir únicamente el pago de la zona ocupada, también, por considerar que no es procedente la reivindicación, el proceso vendría a ser del conocimiento de la justicia contencioso-administrativa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y nueve de enero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 22 de agosto último, declaró NO PROBADA la excepción dilatoria de DECLINATORIA DE JURISDICCION propuesta por el Fiscal de la misma entidad, dentro del juicio ordinario promovido por Jorge Abondano contra la Nación.

El señor Fiscal apeló de esa providencia, por lo cual debe revisarse por esta Sala de la Corte.

Es el caso que el señor Jorge Abondano B. demanda a la Nación para que se declare que está obligada a pagar al demandante el "valor de una zona de terreno que tomó para la carretera que va de Ibagué a Armenia, de propiedad del actor, y cuya situación, área y linderos" se expresan: "el valor de veinte árboles que se hallaban en la zona que tomó la carretera nacional dicha"; "que la Nación debe indemnizar al demandante y pagarle el valor de los perjuicios sufridos por el avance que hizo la carretera por daño emergente y lucro cesante, desde que principió el avance sobre el predio del actor, hasta el día de su pago"; "y que la Nación sea condenada al pago de las costas en caso de oposición".

El Fiscal 3º del Tribunal, al correrle traslado de la demanda, propuso la excepción de declina-

toria de jurisdicción, con base en los artículos 33 y 34 del Código de lo Contencioso-Administrativo (ley 167 de 1941), y su argumentación está resumida en el siguiente aparte:

"Basándose la demanda en reclamación de perjuicios por trabajos públicos nacionales, como es el hecho de ocupar propiedad ajena para destinarla a una carretera, según afirma el demandante, no es al Tribunal Superior del Distrito Judicial ni a la justicia ordinaria en cualquiera de sus grados a quien corresponde conocer de este litigio, sino al H. Consejo de Estado, como se demuestra con las disposiciones legales antes citadas".

Ante la Corte el señor Procurador alega que, en tratándose de ocupaciones por trabajos públicos, el derecho de los particulares afectados se repara mediante las correspondientes indemnizaciones que decreta la justicia contencioso-administrativa, en virtud de precisa y privativa competencia que le atribuyó la ley 167 de 1941, basada, a su vez, en el numeral 1º del artículo 141 de la Constitución.

No debe olvidarse —arguye— que el Estado no tiene inicialmente, ni podía tenerlo, el dominio sobre los fundos ocupados, que conservan sus propietarios hasta que se decreta la correspondiente indemnización, ya que no pueden ejercitar la acción reivindicatoria, y para alcanzar aquélla tienen un lapso preclusivo.

La verdadera expropiación en los casos de ocupación por trabajos públicos se consuma, no cuando el dueño es desposeído por el Estado, sino cuando el juez de lo contencioso-administrativo ordena el rescacimiento y correlativamente dispone que el particular traspase su título de propiedad a la entidad ocupante (artículo 269 del C. C. A.). Pero ni el procedimiento ni la entidad falladora son los mismos que el Código Judicial señala para las expropiaciones directas, aunque se trate de un verdadero juicio controvertido y de un fallo jurisdiccional.

Es que el particular afectado, en estos casos y cuando deja de ejercitar la acción indemnizatoria dentro del bienio correspondiente, no puede decir jamás que la Administración se ha anexoado por despojo el inmueble objeto de la ocupación, sino que ésta lo ha adquirido por prescripción de derecho público y de corto tiempo que el legislador juzgó conveniente establecer.

Termina el señor Procurador su alegato con dos observaciones: la primera, que la doctrina de esta Sala, de 23 de mayo último, se refiere a una de-

claración de dominio sobre una zona de terreno, mientras que aquí se trata de una acción de indemnización por ocupación de un fundo particular a virtud de trabajos públicos nacionales; y la segunda, que el Consejo de Estado, en fallo de 19 de octubre asienta el principio de que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa no puede revocarse a duda cuando lo reclamado es "el valor de lo tomado y el abono de los demás perjuicios que pudo sufrir el propietario" por la ocupación para los trabajos públicos.

Se considera:

Esta Sala, en varios fallos, ha seguido la doctrina de que la justicia ordinaria es competente para conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o social, y ello no sólo cuando se ejercita la acción declarativa de dominio, sino también la de indemnización o pago de los terrenos ocupados de hecho por la Administración.

En efecto, el artículo 76 del Código Judicial le atribuye expresamente a los Tribunales Superiores, en primera instancia, el conocimiento "de los asuntos contenciosos en que sea parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado", entre las cuales están comprendidas las que se relacionan con la propiedad.

Y si bien es cierto que la ley 167 de 1941 le atribuye a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo lo referente a las indemnizaciones a cargo de la administración por causa de trabajos públicos y, expresamente, el pago de las zonas ocupadas por tal motivo (artículos 33, ordinal 2º, y 52, ordinal 7º), dichos preceptos son inaplicables, porque se oponen a los principios que se deducen de los artículos 30 y 33 de la Carta Fundamental.

Comentando estos preceptos ha dicho la Sala que "la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público, sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que ésta sea la que decreta el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que, además, implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (INDEMNIZACION O PAGO DE ELLA), debe ser del conocimiento de la justicia común". (G. J. número 2100-2101, página 809).

Agregaba la Sala que, según los principios cons-

titucionales la propiedad privada se impone por igual al respeto de la Administración y de los particulares; y que si compete a la justicia ordinaria la tutela de la propiedad cuando la desposesión definitiva y total se opera mediante las formalidades legales en provecho del Estado, a **fortiori** ha de tener la competencia cuando tales formalidades se han omitido.

Sentadas estas bases, deben agregarse algunas consideraciones para contestar las del alegato del señor Procurador.

Debe ser la primera la que se refiere a la naturaleza de la acción intentada, que no es de dominio, según la cita que se hace del fallo del Consejo de Estado, de 19 de octubre último, sino "una especie de transacción obligada entre el particular y la Administración, la que puede tolerarse porque ésta ha obrado en nombre del interés social, que es eminentemente superior al de aquél", y que ha de resolverse por trámites breves que la ley ha encomendado a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esa especie de transacción que, se repite, no es acción de dominio, puede reputarse como una sanción mediante la cual el Estado queda obligado "a indemnizar el perjuicio o daño ocasionado".

Resumiendo lo expuesto puede, pues, concluirse que lo que en el fondo se alega sobre el particular es que en la acción intentada no se discute sobre la propiedad, sino que es de mera indemnización de perjuicios que, por estar a cargo del Estado, debe resolverla la justicia contencioso-administrativa.

Para contestar estos razonamientos comienza por admitir la Sala que los comentadores del derecho nacional discuten sobre la naturaleza de las acciones distintas a la de reivindicación propiamente dicha, esto es, a las que la ley consagra cuando el demandado no puede o le es muy difícil restituir la cosa misma sobre la cual cree tener derecho el actor, evento en que éste puede demandar el valor o precio de la misma.

Sobre el particular ha dicho la Corte que en estas ocurrencias la acción es "equivalente a la reivindicatoria" y que es necesario "que quien la ejercita demuestre la existencia de los mismos requisitos que para el ejercicio de la reivindicación.

"Comoquiera que, por una parte —prosigue el fallo— sólo puede reivindicar quien es dueño de la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa (artículo 950 ibidem); y, por otra, sólo pueden reivindicarse las cosas determinadas y

debidamente singularizadas o una cuota determinada proindiviso de una cosa singular (artículo 949), es de rigor concluir que, para la prosperidad de la acción aquí incoada, debe demostrarse plenamente la existencia de estos dos factores o elementos". (Casación de 6 de noviembre de 1951, G. J. Tomo LII, número 1980, pág. 637).

Y nuestro comentador Vélez, después de hablar de los eventos en que se reclama la cosa misma, expone:

"Derecho de perseguir el precio. En los casos anteriores el reivindicador persigue la cosa misma que ha perdido, aunque puede suceder que tenga que recibir su precio.

"...La ley le permite también establecer su acción directamente por el valor de la cosa, según resulta de las disposiciones que siguen, debido a circunstancias especiales que justifican este derecho". (Derecho Civil Colombiano, tomo III, número 661, página 477 y subraya la Sala).

En el caso que se estudia el actor reclama el valor del terreno que el Estado "tomó para la carretera que va de Ibagué a Armenia", fundado en que es el dueño legítimo y no la Nación, y, además, los perjuicios sufridos por ello.

Así, se recordará cómo en la parte petitoria de la demanda se reclama el valor de la dicha zona, porque es "de propiedad del actor y cuya situación, área y linderos se expresarán en los hechos fundamentales de esta demanda"; el valor de veinte árboles que se hallaban en la misma zona; y "el valor de los perjuicios sufridos".

Y como hechos de la demanda se anota que "Jorge Abondano es dueño y poseedor inscrito y material" del predio cuyos linderos se dan y se indica la escritura por medio de la cual fue adquirido; que en el terreno tenía veinte árboles que fueron derribados; y termina, en lo que aquí es pertinente, con la indicación o señalamiento de la cabida y linderos de la zona que la Nación tomó para la carretera y con la cabida y linderos del terreno que le quedó restando al actor.

De esta suerte y, porque no se pueda ordenar la restitución del predio, sino que apenas se pueda ordenar su pago al desposeído por el Estado mediante la ocupación para trabajos públicos, no puede decirse que el actor se limite a ejercer una acción por simples daños o de mera reclamación de perjuicios; porque si el actor no es dueño, no podría ordenarse el pago del terreno y ya se ha visto cómo la razón principal que el demandante invoca es la de ser dueño y poseedor inscrito y material" del terreno.

Respecto de los perjuicios cabe observar que ellos pertenecen a esta acción pues que con la orden de entregar el valor de la cosa ocupada, es forzoso ordenar también que se indemnicen los daños y se restituyan los frutos al actor teniendo en cuenta la buena o mala fe del demandado. Los perjuicios no constituyen, pues, en estos casos, una acción distinta que se haya ejercitado con la acción sobre pago y se pueda separar, sino una misma con ella.

En tales condiciones, es forzoso aplicar en el proceso la misma doctrina del fallo de 4 de agosto del presente año, que dice:

"De esta suerte, bien puede concluirse que los preceptos de la ley 167 de 1941, relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causen en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una simple reparación de daños producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que, desde luego, no pueden considerarse extraños los que se siguen de una ocupación que por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de índole puramente transitoria o temporal; pero que son absolutamente inaplicables cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio. Porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (artículo 955 del C. C.), antes que de una acción puramente indemnizatoria por el perjuicio sufrido, es a la justicia ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolver".

En cuanto al punto de la rama jurisdiccional, forzoso es reconocer que la justicia contencioso-administrativa, "cuando falla", es también parte del poder jurisdiccional, y que en esa denominación se comprende "toda entidad que sentencie definitivamente derechos en colisión, o sancionando delitos, por autoridad del legislador".

Pero cabe no olvidar que dentro del poder o rama jurisdiccional se han establecido categorías, encargada cada una de funciones diversas y que, cuando en la Constitución se emplean las expresiones "sentencia judicial" (artículo 30) y "orden judicial" (artículo 33), se entiende la justicia común u ordinaria. Eso se deduce de algunos preceptos como el 159, que habla de "los funciona-

rios del orden judicial" y de los de la "jurisdicción de lo contencioso-administrativo" como pertenecientes a entidades diferenciadas específicamente dentro de la rama jurisdiccional.

Por lo demás, si se acepta la tesis del Consejo de Estado invocada por la Procuraduría, equivaldría en el fondo a que a los interesados se les permita escoger la jurisdicción que haya de juzgarlos, pues según los términos en que formulen sus peticiones la acción será de la competencia de la justicia ordinaria o de la justicia contencioso-administrativa. O sea, que si piden la declaración de dominio y el pago de la zona ocupada por razón de trabajos públicos, para el caso de que no se pueda decretar la reivindicación, el asunto será de la competencia de la justicia co-

mún; mientras que si se limitan a pedir únicamente el pago de la zona ocupada, también, por considerar que no es procedente la reivindicación, el proceso vendría a ser del conocimiento de la justicia contencioso-administrativa.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA la providencia apelada de que se ha venido hablando.

Notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

RECURSO DE HECHO. — QUE SE ENTIENDE POR PUNTO NUEVO PARA EFECTOS DEL RECURSO DE REPOSICION. — CUANDO SE PUEDE CONSIDERAR QUE SE HA REALIZADO LA NOTIFICACION PERSONAL DE LA PROVIDENCIA

1.—El auto que niega la reposición de otro contra el cual no se interpuso en tiempo el subsidiario de apelación, es inapelable, a menos que en él se resuelvan puntos nuevos (artículo 492 del C. J.).

2.—Resolver un punto nuevo no es simplemente dar una explicación o argumento de lo provisto, sino decidir alguna cosa o puesta o siquiera distinta a la resuelta con anterioridad.

3.—La notificación, según su etimología, la naturaleza de las cosas y las disposiciones legales, consiste en dar a conocer a los interesados las providencias judiciales. Por ello, cuando se hace en forma directa, implica una actividad del secretario, esto es, el revelar su contenido a aquéllos (artículo 307 del C. J.), pues que mal puede conocerse lo que no ha manifestado quien debe hacerlo. Así, pues, por el hecho de dejar un expediente en un despacho con una providencia para notificarla, no puede darse por admitido que la dicha notificación se haya practicado, sino que es necesario llevarla a término en realidad de verdad, o sea, leyendo o haciendo leer su contenido, para dejar la respectiva constancia (artículo 308 del C. J.).

Según esto, si el secretario no llevó el expediente al despacho del Fiscal y no obtuvo de él la firma en la fecha que llevaba anotada, vale decir, si no ejecutó la actividad que la ley ordena, no hizo realmente la notificación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintidós de enero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Debe resolver esta Sala de la Corte el recurso de hecho interpuesto contra el auto de 21 de agosto último, dictado por el Tribunal Superior de Cali, en las actuaciones que se adelantan para

obtener el cumplimiento del fallo de 18 de octubre de 1950.

Se tiene en cuenta:

a) La Corte Suprema de Justicia, en el fallo citado, condenó a la Nación a pagarle a la menor Esperanza Lasso V. los perjuicios ocasionados con la muerte de su padre, Ciro M. Varela, que debían avaluarse mediante el trámite señalado en el artículo 553 del Código Judicial;

b) El apoderado de la menor hizo la liquidación motivada y especificada de que trata dicho precepto (fls. 5 a 10);

c) El señor Fiscal del Tribunal objetó la liquidación, por lo cual se abrió el incidente a pruebas, en providencia de 11 de abril último, según el mandato del mismo artículo 553 (fls. 11 y 11 v.);

d) Mas el apoderado pidió reposición del auto de apertura a pruebas, por considerar que las objeciones del señor Fiscal habían sido presentadas fuera del término legal pertinente (fl. 11 v.);

e) El Tribunal en la providencia recurrida de hecho, de 21 de agosto del año pasado, no accedió a reponer el auto de apertura a pruebas, por estimar que las objeciones del Fiscal habían sido presentadas en tiempo oportuno (fl. 13);

f) El apoderado pidió entonces reposición de ese auto y, en subsidio, interpuso apelación, pues consideró que en el de 21 de agosto se había resuelto un punto nuevo, o sea, el haber dicho el Tribunal que no se había adulterado la fecha de notificación del auto de apertura a pruebas al Fiscal de la misma entidad;

g) El Tribunal no accedió a lo pedido, por estimar que no podía concederse reposición de una reposición negada y por no encontrar punto nuevo tratado en la segunda providencia, por lo cual el apoderado recurre de hecho ante la Corte.

Se considera:

No puede otorgarse el recurso de apelación a que se refiere el de hecho ante la Corte, porque el auto que niega la reposición de otro contra el cual no se interpuso en tiempo el subsidiario de apelación, es inapelable, a menos que en él se

resuelvan puntos nuevos, lo que no ha sucedido en este caso (artículo 492 del C. J.).

Así y, como se deja anotado, por medio del auto de 21 de agosto último, que es el recurrido de hecho, el Tribunal se limita a declarar que "no accede a la reposición del auto de once de abril del año en curso" (1951).

Y que no se pidió en tiempo el recurso subsidiario de apelación, se deduce del escrito correspondiente, en el cual apenas se pide que "se revoque el ameritado auto (de 11 de abril) y que en su lugar se declare que la objeción del Ministerio Público a la liquidación presentada resulta producida fuera del término legal pertinente" (f. 11 v.).

Ahora, que tampoco se resolvió un punto nuevo en la providencia de 21 de agosto, se desprende de manera obvia de la consideración de que lo que el señor apoderado estima como punto nuevo es apenas la razón o motivo en que se basa la parte resolutive de la misma, mas no cosa distinta a lo fundamentalmente resuelto.

Porque resolver un punto nuevo no es simplemente dar una explicación o argumento de lo provisto, sino decidir alguna cosa opuesta o siquiera distinta a la resuelta con anterioridad. Y aquí nada nuevo contrario o diferente a lo dispuesto antes se decidió en el auto de 21 de agosto, sino exactamente lo mismo que en el de 11 de abril, aunque en el recurrido de hecho, como apenas era obvio, se da la razón o fundamento para no reponer la primera providencia.

En efecto, el auto de 11 de abril apenas dispone abrir a prueba el incidente por el término de quince días, como lo manda el artículo 553 del Código Judicial y por haber sido impugnada la liquidación (f. 11 v.).

Y el de 21 de agosto se limita a explicar por qué considera que las objeciones habían sido presentadas en tiempo oportuno, esto es, porque si bien el expediente fue pasado a la Fiscalía desde el 9 de marzo último, la notificación no se le había hecho a este funcionario en la forma establecida por la ley, hasta el 30 de marzo.

Con lo expuesto puede concluirse que la providencia recurrida de hecho resulta inaneable y que, por lo tanto, no debe otorgarse el recurso impetrado ante esta superioridad. Sin embargo, quiere la Sala agregar algunas consideraciones

más sobre la notificación hecha al Fiscal del Tribunal, ya que con tanta insistencia arguye el señor apoderado sobre las irregularidades cometidas al hacerla.

Dicha notificación consta en los términos siguientes:

"Notificación y traslado.—Al señor Fiscal del Tribunal Superior, doctor Antonio Reveiz Valencia, notifico el auto anterior y le corro el traslado en él ordenado. Firma hoy nueve (9) de marzo de mil novecientos cincuenta y uno (1951). Me notifico hoy treinta (30) de marzo de mil novecientos cincuenta y uno (1951). (Fdo.) **A. Reveiz Valencia.**—Julio César Payán, Srio.—El asunto fue pasado para la notificación y traslado a la Fiscalía el 9 de marzo de 1951.—Payán, Srio."

Según esta transcripción, el secretario llevó el expediente a la Fiscalía para notificar el auto de 6 de marzo de 1951 el día 9 del mismo mes, pero no hizo la notificación, sino que lo dejó en el despacho y el Fiscal, por un motivo o por otro, no se dio por notificado hasta el 30.

Eso se confirma con la anotación del empleado de la Fiscalía, que dice que el expediente se recibe el 30 de marzo y que en ese día lo inscribe en el radicator de asuntos (f. 10 v.).

La notificación, según su etimología, la naturaleza de las cosas y las disposiciones legales, consiste en dar a conocer a los interesados las providencias judiciales. Por ello, cuando se hace en forma directa, implica una actividad del secretario, esto es, el revelar su contenido a aquéllos (artículo 307 del C. J.), pues que mal puede conocerse lo que no ha manifestado quien debe hacerlo. Así, pues, por el hecho de dejar un expediente en un despacho con una providencia para notificarla, no puede darse por admitido que la dicha notificación se haya practicado, sino que es necesario llevarla a término en realidad de verdad, o sea, leyendo o haciendo leer su contenido, para dejar la respectiva constancia (artículo 308 del C. J.).

Según esto, si el secretario no llevó el expediente al despacho del Fiscal y no obtuvo de él la firma en la fecha que llevaba anotada, vale decir, si no ejecutó la actividad que la ley ordena, no hizo realmente la notificación. Por consiguiente, mal puede hablarse de dolo o cambio de la fecha de una notificación que en verdad no se había cumplido.

Por eso comenta el Tribunal, con razón, que esto "pone a las claras una irregularidad que ocurre con frecuencia en las notificaciones personales que se le hacen a algunos funcionarios públicos, cuya causa es el descuido o la falta de acuosidad de las personas encargadas de hacer las notificaciones, que no se esperan a que éstas se lleven a cabo en la fecha indicada de antemano por la Secretaría, sino que dejan los expedientes en una dependencia de la oficina de que se trata, a veces sin el conocimiento de la persona que se va a notificar".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, estima bien denegada la apelación interpuesta en este proceso contra la providencia de 21 de agosto último y ordena ponerlo en conocimiento del inferior para que conste en los autos.

Notifíquese, dése cuenta al Tribunal de Cali, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez — Agustín Gómez Prada — Rafael Leiva Charry — Jorge García Merlano, Secretario.

LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO NO ESTAN RELEVADAS DE LA OBLIGACION DE PRESTAR CAUCION CUANDO SOLICITAN EL EMBARGO Y SECUESTRO DE LA COSA CUYA REIVINDICACION INTENTAN O VAN A DEMANDAR

El artículo 273 del C. J. no dice que la Nación o cualquiera otra entidad de derecho público, cuando intente un embargo o secuestro debe quedar exenta de la prestación de la caución. Es regla de derecho que cuando la ley no distingue no le es dado al juzgador distinguir. Ha de entenderse, pues, que cuando la ley dice: "El que ha demandado o intente demandar...", debe estar incluida la Nación, pues ella no ha sido excluida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, enero veintitrés de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá interpuso recurso de apelación contra la providencia de fecha 23 de agosto de 1951 dictada por el Tribunal en las diligencias preventivas de embargo y secuestro de un avión marca "Douglas" que se encuentra en poder de la "Sociedad Aérea del Tolima, S. A." (Saeta).

En la providencia recurrida el Tribunal revoca su propio auto de fecha 4 de agosto de los mismos mes y año, que decretó el embargo y secuestro preventivos y ordena el levantamiento de las medidas precautelativas y la comunicación de esa decisión al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, al Jefe de la Aeronáutica Civil y al secuestre Coronel Jorge Méndez Calvo.

El punto sometido a controversia radica en si de acuerdo con lo estatuido por el artículo 273 del C. J. la Nación está o no obligada a prestar caución que asegure los perjuicios que se puedan ocasionar a la sociedad presunta demandada por el embargo y secuestro del avión. El personero de la Nación sostiene que el Estado no está obligado a prestar caución, ya que es imposible su

insolvencia. Lo contrario sostiene el apoderado de la sociedad.

El artículo 273 del C. J. dice:

"El que ha demandado o intente demandar la reivindicación de cosa mueble, directamente o como consecuencia de una acción distinta, y tenga motivo para temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, o que éste se ha ausentado o tema que se ausente, puede pedir que se decrete el embargo y secuestro de la cosa mueble, y así lo resuelve el Juez, **siempre que el peticionario preste previamente, caución de indemnizar los perjuicios que el embargo y secuestro hayan de ocasionar**". (Se subraya).

La disposición en cita no dice que la Nación o cualquiera otra entidad de derecho público, cuando intente un embargo o secuestro debe quedar exenta de la prestación de la caución. Es regla de derecho que cuando la ley no distingue no le es dado al juzgador distinguir. Ha de entenderse, pues, que cuando la ley dice: "El que ha demandado o intente demandar...", debe estar incluida la Nación, pues ella no ha sido excluida.

Es verdad, como lo anota el señor Procurador Delegado en su vista fiscal que el Estado goza ante la jurisdicción, por expreso reconocimiento del legislador, de ciertos privilegios, como no poder ser condenado en costas, no ser generalmente juzgado por los jueces de menor categoría, etc. Pero precisamente estas excepciones consagradas en la ley para favorecer al Estado corroboran la conclusión que para el caso contemplado en el artículo 273 del C. de P. C. no queda excluida la Nación de la obligación de prestar caución, pues si la intención del legislador hubiera sido esa, lo habría expresado.

La regla de derecho que expresa que las excepciones son de estricta interpretación hace comprender que los casos privilegiados en que la ley

ha colocado al Estado no pueden aplicarse por analogía. Además, no debe olvidarse que el Estado, al obrar en controversia o juicio civil en que se debaten cuestiones de derecho privado, está sujeto a las mismas obligaciones y prerrogativas que los particulares.

La tesis de la Procuraduría acerca de la imposible insolvencia del Estado con el fin de eximirse de la obligación de la caución, no tiene asidero legal ninguno, pues la ley no ha contemplado este evento para eximir de dicha obligación al Estado. Además, como lo anota el señor Procurador, ésta ha sido la jurisprudencia constante de la Corte Suprema.

Exigiendo el artículo 273 del C. J. como requi-

sito previo para que se pueda decretar un embargo preventivo la prestación de la caución, omisión en la que se incurrió en el caso presente, es pertinente la orden de levantamiento del embargo y secuestro preventivos, como lo decretó el Tribunal en el auto recurrido.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— CONFIRMA el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García M., Srio.

ALCANCE DE LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE DEMANDAS CONTRA EL ESTADO POR INDEMNIZACION DE PERJUICIOS SUFRIDOS POR PARTICULARES

La justicia ordinaria es competente para conocer de demandas contra la Nación que versan sobre aquellas cuestiones de derecho privado a que se refiere el numeral 2º del artículo 76 del C. J., pero no lo es para el caso de acciones tendientes a obtener indemnización de perjuicios provenientes de actos de la administración nacional, típicamente ubicados dentro de la esfera de los servicios públicos del Estado, cuyo conocimiento compete a la justicia de lo contencioso-administrativo, conforme a los preceptos de los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitrés de enero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro de la segunda instancia de este juicio solicita el señor Procurador Delegado en lo Civil que se declare nula toda la actuación procesal, considerando que la cuestión planteada por el demandante Rito Rueda Gómez no es del conocimiento de la justicia ordinaria sino de la justicia contencioso-administrativa, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 67 de la ley 167 de 1941, que dice:

“La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.

“La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho”.

Al respecto se expresa así la Procuraduría, comentando la anterior disposición legal en relación con los perjuicios a que se refiere la demanda del señor Rueda Gómez:

“Esta norma, que estructura lo que la doctrina denomina Contencioso de Plena Jurisdicción, res-

ponde a la necesidad de que los particulares puedan reclamar de la Administración pública el resarcimiento del daño patrimonial que ésta les haya irrogado mediante un acto suyo viciado de nulidad. Tal infracción deben calificarla exclusivamente los jueces instituidos para ese fin por el legislador y sólo a ellos corresponde privativamente decretar la indemnización a que haya lugar. Mas si el demandante enfila mal su ataque equivocando la jurisdicción encargada de fallar el caso, sobrevendrá forzosamente la nulidad del juicio a la luz de lo dispuesto por el artículo 448, numeral 1º, y sus concordantes del C. J. No es otra la solución a que ha de arribarse en el presente litigio, comoquiera que la **causa petendi** invocada para justificar las súplicas de la demanda, la hace consistir en el libelista en los perjuicios que a su mandante se le ocasionaron con dos actos administrativos (un decreto y una resolución ministerial), considerados, alternativamente, como violatorio el uno de un reglamento preexistente, y el otro como negatorio de un derecho adquirido por el “alumno efectivo” que venía cursando en la Escuela Militar.

“Ni vale aducir el numeral 2º del artículo 76 del C. J., que da competencia a los Tribunales Superiores para conocer en primera instancia de las controversias contra la Nación, pues tal atribución está restringida a los casos en que se ventilen cuestiones de derecho privado, es decir, a aquellos en que la Nación comparece a juicio por causa de los llamados “actos de gestión”, como cualquier particular, no cuando ha actuado en función de servicio público. Y nadie negará que los reglamentos y demás providencias de la Administración relativos a la organización de la Defensa Nacional, a la preparación y al funcionamiento del Ejército son actos que escapan al régimen del derecho privado para caer en la órbita del Derecho Público”.

Tramitado en debida forma este incidente de nulidad, se procede a resolverlo mediante las siguientes consideraciones:

De conformidad con las normas de la ley 167

de 1941, la justicia contencioso-administrativa conoce de los actos de la administración pública, cuando se acusan como opuestos o contrarios a ordenamientos superiores; pero aceptando que algunos de esos actos y la subsiguiente actividad material de la administración pueden ocasionar daños, lesiones o perjuicios a los particulares, los artículos 67 y 68 de dicha ley también le dan atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de tales controversias, configurando de esta suerte el contencioso llamado de plena jurisdicción, sobre el cual se dijo en la Exposición de Motivos con que se presentó al estudio de las Cámaras el correspondiente Estatuto:

“Si el contencioso de anulación es un eficaz instrumento jurídico, que responde a la necesidad de mantener incólume el dominio de la ley, impidiendo el ejercicio desorbitado de los poderes que ella ha conferido a los administradores de los servicios públicos, en el desenvolvimiento de la actividad funcional del Estado, no basta a veces que el control de legalidad restablezca objetivamente, por medio de la anulación del acto perturbador, el orden jurídico, sino que es necesario además que el administrado, a quien esas actuaciones pueden lastimar, encuentre en los organismos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo la manera de ser protegido o restablecido en sus situaciones subjetivas de derecho.

“Aparece así el contencioso de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, que el proyecto tiende a estructurar, separándose de los rasgos generales de la llamada acción privada por la ley y la doctrina colombiana. La ley 130 de 1913 modeló esta acción haciéndola apta para invocar y obtener la invalidación de un acto administrativo por lesión de un derecho civil; pero como es obvio, tal acción, así limitada en su alcance y sus efectos, estaba aún muy lejos del contencioso de plena jurisdicción, porque en éste, sobre todo, más que en la finalidad de hacer desaparecer de la escena jurídica el acto irregular, se busca el efecto de tutelar subjetivamente un derecho desconocido o vulnerado por un acto jurídico de la Administración o por la ejecución de un hecho material, y declarar el que exista en favor del agraviado”.

Ahora bien, ¿qué es lo que se debate en el presente juicio ordinario contra la Nación?

El demandante Rito Rueda Gómez pide que

se condene a la Nación a pagarle los perjuicios materiales y morales que se le causaron a consecuencia de dos actos oficiales: ya por habersele dado de baja de la Escuela Militar de Cadetes por medio de la Resolución Nº 2522 de 1948 del Ministerio de Guerra, con fundamento en exámenes médicos y odontológicos que se le practicaron antes de su admisión; o ya por habersele dado de alta en la misma Escuela Militar por Decreto Nº 178 de 1945, sin tomar en cuenta el resultado de tales exámenes.

Agrega el demandante que los perjuicios materiales que se le causaron fueron: “el habersele truncado una brillante carrera que ya llevaba muy adelantada; el hecho de haber hecho gastos de diverso orden para entrar a la Escuela y para sostenerse allí durante el tiempo que estuvo; el haber perdido la oportunidad de adelantar estudios en otra carrera durante todo el tiempo que fue alumno de la Escuela Militar, en la cual dedicó a la carrera de las armas toda su vocación, todo su esfuerzo, toda su voluntad y todas sus ilusiones”. Y en cuanto a los perjuicios morales, los hace consistir “en la pena inmensa que le produjo el forzado abandono de una carrera hacia la cual lo había empujado su vocación”, y en el hecho de “haber aparecido posteriormente a la baja, ante sus amigos, allegados y conocidos, como un incapaz o como un joven indigno de haberse mantenido en la Escuela y de haber seguido adelantando la carrera militar”.

En todo caso, de estos planteamientos de la demanda del señor Rueda Gómez se desprende, según lo visto, que el presente litigio versa sobre perjuicios provenientes de actos de la administración nacional, típicamente ubicados dentro de la esfera de los servicios públicos del Estado; no sobre aquellas cuestiones de derecho privado a que se refiere el artículo 76, numeral 2º, del Código Judicial, que son de las que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

De consiguiente, careciendo de jurisdicción el Tribunal Superior de Bogotá y la Corte para conocer de este negocio, síguese que es procedente la nulidad pedida por el señor Procurador Delegado en lo Civil, de conformidad con lo que preceptúa el artículo 448, numeral 1º, del C. J. en armonía con otras disposiciones de la misma obra, según las cuales la competencia que se fija

por razón de la naturaleza del asunto es impro-
rrogable.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia DECLARA NULO todo lo actuado en el presente juicio ordinario contra la Nación, a partir del auto admisorio de la demanda con que fue iniciado por el señor Rito Rueda Gómez.

Se condena en las costas del proceso anulado a los responsables de la anulación, así: a) Respecto a las causadas hasta la citación para sentencia por el Tribunal, deberán pagarlas el de-

mandante y el Magistrado sustanciador en la primera instancia por partes iguales. b) y en cuanto a las causadas de la citación para sentencia en adelante, la mitad será de cargo del mismo demandante, y la otra mitad deberán pagarla los Magistrados del Tribunal que dictaron el correspondiente fallo, sin advertir la nulidad que afectaba el proceso (art. 458 del C. J.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS — TASACION DE ALIMENTOS

Para tasar los alimentos que una persona debe a otra, la ley exige al juez (art. 423 del C. C.) que tenga en cuenta las facultades de quien los debe y sus circunstancias domésticas (art. 419) y las capacidades del alimentario (art. 420).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 19 de septiembre de 1949, estimó “los perjuicios materiales en que la Nación fue condenada, según sentencia de 20 de agosto de 1947, y que debe pagarle a los señores Antonio María Rodríguez y Rosa Rocha de Rodríguez, en la suma de diez y nueve mil ciento treinta y un pesos con ochenta centavos (\$ 19.131.80)”.

Como el Fiscal del Tribunal y los interesados interpusieron el recurso de apelación para ante esta Sala de la Corte, debe revisarse la mentada providencia:

La sentencia. Por sentencia de esta corporación, de 20 de agosto de 1947, se decidió lo siguiente:

“1º—Declárase que la Nación colombiana es responsable civilmente de los perjuicios morales subjetivos y materiales causados a Antonio María Rodríguez y Rosa Rocha de Rodríguez por la muerte del doctor Rafael Rodríguez Rocha, ocurrida en el siniestro aéreo que sucedió el 27 de agosto de 1941, cuando el trimotor Ford número 644 hacía vuelo de Leticia a Tres Esquinas.

“2º—Condénase a la Nación Colombiana a pagar a los expresados demandantes Antonio María Rodríguez y Rosa Rocha de Rodríguez la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) m. c., a cada uno de ellos, en concepto de perjuicios morales subjetivos.

“3º—Condénase a la misma entidad a pagar a los actores los perjuicios materiales, cuya cuantía se fijará por el procedimiento del artículo 553 del código judicial y según las bases indicadas en este fallo.

“4º—Absuélvese a la Nación de todos los demás cargos formulados en la demanda.

“Parágrafo. De la indemnización se deducirán los tres mil cuatrocientos veinte pesos (\$ 3. 420.-00) a que se refiere la recompensa decretada por el Consejo de Estado”.

Bases para la liquidación. En la sentencia se dan estas bases para la liquidación de los perjuicios materiales de que se habla en el ordinal 3º:

“Para concretar la indemnización material deben tenerse en cuenta estas bases:

“1º—El sueldo de \$ 150.00 que ganaba mensualmente el odontólogo Rodríguez;

“2º—La cantidad que racionalmente debía reservar él para sus gastos y necesidades personales;

“3º—La suma que en consideración a su sueldo, deducida la cantidad a que se refiere el ordinal anterior, podría haber mandado a sus padres como pensión alimenticia;

“4º—Establecer la vida probable del doctor Rodríguez como la de sus padres, para considerar la cuantía del perjuicio en función de la supervivencia que sea menor entre la víctima y sus padres”.

La actuación del Tribunal. El apoderado de los actores fijó el valor de los perjuicios materiales en la suma de \$ 19.622 (f. 12 del c. 1º).

Los peritos lo señalaron en \$ 19.131 (f. 17 ibidem), que fue el acogido por el Tribunal, tanto por no haber sido objetada la liquidación, como porque considera que tuvieron en cuenta las bases que la Corte indicó en su sentencia y que el dictamen se halla debidamente explicado y fundamentado (f. 31 v. ibidem).

El Fiscal del Tribunal estimó, por el contrario, que la suma fijada era muy alta, pues aunque no se trate de acción de alimentos, sí han debido tenerse en cuenta los preceptos que regulan esa materia (arts. 419 y 420 del c. c.), pues la suma fijada no consulta la proporcionalidad entre la capacidad económica del alimentante y las necesidades de los alimentarios.

La apelación de los actores. Tramitado el recurso en la segunda instancia, debe resolverse lo que se estime legal.

Pero se anota previamente que la providencia se declaró ejecutoriada con respecto a los actores, por no haber suministrado en oportunidad el papel sellado necesario de acuerdo con el artículo 353 del código judicial (f. 2 del c. 39). En consecuencia, sólo han de estudiarse las objeciones del señor Procurador a la liquidación del Tribunal.

Las objeciones del señor Procurador son las siguientes:

1ª—El sueldo básico para la regulación es el de \$ 142.51 y no el de \$ 150.00, pues aunque la Corte señala esta suma en las bases que al efecto fijo, al comienzo del fallo dice que el sueldo que devengaba el odontólogo era la suma de \$ 142.51.

Hay, pues un error que debe ser enmendado, de conformidad con el artículo 483 del código judicial, que así lo permite.

Al respecto se observa que, entre los hechos de la demanda se consigna el de que el doctor Rafael Rodríguez Rocha “devengaba al morir \$ 142.51 mensuales”.

Mas parece que la Corte no tuvo presente tan sólo el sueldo oficial que devengaba la víctima, de \$ 142.51, sino otras entradas de dinero, pues al hacer el análisis de las pruebas se citan las declaraciones de Jesús Alfredo Montealegre, Luis A. Bolaño y Virgilio Martínez Marroquín, quienes afirman que la suma que el doctor Rodríguez Rocha le pasaba a sus padres como ayuda económica era no menor de \$ 150.00.

El segundo, Bolaño, al preguntarle el señor Procurador “cómo era posible que Rodríguez hiciera giros por \$ 150.00, cuando sólo ganaba \$ 142.50”, contesta que “el doctor Rodríguez Rocha ha podido tener otras entradas particulares” y que en las distintas ocasiones que habló con sus padres (de Rodríguez) ellos le decían, así como a sus amigos, que su hijo “les giraba la suma de \$ 150.00 mensuales”, lo que confirma Martínez Marroquín.

Se agrega, además, el testimonio de Antonio González Pardo; quien asegura que el doctor Rodríguez Rocha no sólo ejercía su profesión “sino que se dedicaba a otras actividades” y que “era un sujeto que fácilmente podía producir mes por mes más de \$ 250.00 mensuales” (fls. 5 y v del c. 19).

Así, pues, no puede concluirse que la Sala hubiera incurrido en un error al señalar en \$ 150.00 la suma que mensualmente ganaba el doctor Rodríguez Rocha, aunque la denomine “sueldo”.

Más claro, aunque este vocablo parece significar que tenía una sola o única entrada de dinero, un sueldo, el análisis de las pruebas hace pensar que se tomó en un sentido más genérico o comprensivo de todo lo que recibía, que era más del simple sueldo oficial.

2ª—“Setenta pesos, cuando menos, era la cantidad que el profesional desaparecido requería para sustentar su propia vida, a juicio de la Procuraduría”.

Quiere el señor Procurador, como lo insinuó también el señor Fiscal del Tribunal, que se tengan en cuenta, en la apreciación de lo que el odontólogo debía suministrar a sus padres para su sostenimiento, los artículos 419, 420 y 423 del código civil, que versan sobre los alimentos que se deben por ley a ciertas personas. De esta suerte, la cuota no podía fijarse en \$ 100.00, pues la víctima había podido atender a sus padres “apenas con algo más de la mitad de su sueldo”.

Para decidir esta objeción debe recordarse que en las bases para la liquidación ordenó la Corte tener en cuenta la cantidad que racionalmente debía reservar el doctor Rodríguez Rocha para sus gastos y necesidades personales y la suma que, en consideración a su sueldo, podría haber remitido a sus padres “como cuota alimenticia”.

Pues bien, los peritos tuvieron presente que el doctor Rodríguez Rocha vivía y comía en el Casino Militar; que los oficiales gastaban en ello una suma de \$ 35.00 a \$ 40.00 mensuales; que dada su vida arreglada y austera podía satisfacer a sus necesidades con \$ 50.00 mensuales; y que los padres del mismo se sostenían congruamente en Facatativá con los dineros que les suministraba. Por ello el Tribunal fijó la cuota alimenticia en \$ 100.00.

La objeción del señor Procurador, se repite, va encaminada a la disminución de dicha cuota, por estimar que la víctima requería mayor suma para sus gastos personales.

Sin embargo, no debe perderse de vista que no se trata de un juicio de alimentos, sino de un proceso de indemnización de perjuicios en que se ha adoptado como pauta semejante para calcular la ayuda que dejaron de percibir los padres con la pérdida de su hijo, la de una “pensión alimenticia”, pero sin que lo sea propiamente.

Y ya puede concluirse que el señalamiento del Tribunal consulta lo que los textos invocados establecen sobre alimentos, pues para tasarlos exige la ley al juez (art. 423 del c. c.) que tenga en cuenta las facultades de quien los debe y sus cir-

cunstancias domésticas (art. 419) y las capacidades del alimentario (art. 420); tales condiciones se cumplieron en este caso, pues los peritos estimaron que, según las pruebas del proceso, al odontólogo le eran suficientes los \$ 50 de que hablan; también hay demostración de que los padres del mismo no tenían otro medio de subsistencia que las sumas de dinero que su hijo les enviaba; y, por último, la regulación de la cuantía fue precisamente el objeto del incidente. Esto es, se tuvieron a la vista las condiciones de vida del doctor Rodríguez Rocha, la manera como cumplía sus obligaciones filiales y las necesidades de sus padres, que es lo que la ley establece.

Por tanto, no encuentra la Sala que haya motivo para variar en esta parte la providencia del Tribunal.

3ª—Critica el señor Procurador los cálculos sobre supervivencia de las personas que figuran en el juicio, pues apenas existen los dictámenes de los médicos doctores Ernesto Gualteron y Pedro P. Ospina Herrera, quienes previo un examen clínico y somático de los padres de la víctima conceptuaron que el padre viviría 20 años y la madre 25, y las certificaciones de la Compañía de Seguros de vida, que se refieren a individuos de 34 y 62 años.

La Corte acogió la solicitud del Procurador en un auto para mejor proveer, en el cual se ordenó a la Contraloría General de la República que, teniendo en cuenta las tablas sobre vida probable de la Compañía Colombiana de Seguros o de otra entidad acreditada, se diera el cálculo de vida probable del odontólogo y el de sus padres a la muerte de aquél, y que se apreciara la edad de la madre del doctor Rodríguez, pues no se halló su partida de nacimiento.

De estas pruebas resulta:

Edad de la actora, a la fecha de la muerte de su hijo, cincuenta y cinco años (f. 16 v. del c. 3º).

Vida probable del doctor Rodríguez Rocha, teniendo presente la edad que tenía al morir, **treinta y cuatro años y medio**, en números redondos (f. 19 v. del c. 3º). Vida probable de Antonio María Rodríguez, quien a la muerte de su hijo tenía un poco más de cincuenta y cinco años, **cañete años y medio**, también en números redondos (f. 19 del c. 6º y 19 v. del c. 3º).

Vida probable de Rosa Rocha de Rodríguez, en números redondos, **quince años y cuatro meses** (f. 21 v. del c. 3º).

Como estos datos discrepan de los adoptados

por los peritos y acogidos por el Tribunal, la liquidación hecha por aquéllos y adoptada en el proveído correspondiente ha de sufrir modificaciones.

4ª—Objetó el señor Procurador la división del tiempo indemnizatorio en dos períodos, uno que va desde el 27 de agosto de 1941 (día del siniestro) hasta el 27 de febrero de 1948, que ha de cubrirse sin el descuento del interés del 6%, o sea, sin aplicarle las tablas de Garuffa, y otro que va desde esta fecha hasta el término de vida probable de los padres damnificados.

Y lo objetó porque el apoderado de los actores sólo extiende el primer período hasta el 27 de octubre de 1947, siendo así que “el fallador no puede ir más allá de lo pedido por los demandantes”.

El primer período es, pues, de setenta y ocho meses y de ochenta meses.

No acepta la Corte el argumento, porque la fijación no la hizo el apoderado en forma absoluta, sino condicional, o sea, como dependiente del tiempo “en el cual la obligación sucesiva va a satisfacerse en un solo acto y no periódicamente”.

Dicho de otro modo, el apoderado fijó ese día porque entendió que en él estaría ya liquidada la suma que debía pagarse, pues así se deduce de la fecha de otros escritos, ya que ese no la tiene. No parece equitativo, así las cosas, que se deduzca de lo que debe pagarse el interés de una cantidad que no se ha liquidado.

El Tribunal fijó como fecha de división de los dos períodos el día en que los peritos hicieron el cómputo; pero ella ha de variarse, dada la demora sufrida en el trámite del incidente. Entiende la Sala que esa fecha debía fijarse en la del día en que esta providencia esté ejecutoriada y que se calcule que sea el 27 de noviembre del presente año.

Liquidación. Como se ha dicho, el período indemnizatorio se divide en dos partes, separadas por el día 27 de noviembre de 1951, a fin de aplicar las Tablas de Garuffa al segundo período, que corre desde esta fecha hasta cubrir la supervivencia de cada uno de los padres.

Monto de la indemnización para Antonio María Rodríguez:

Primer período. 27 de agosto de 1941 a 27 de noviembre de 1951, a razón de \$ 50.00 mensuales, \$ 6.150.00.

Segundo período. De 27 de noviembre de 1951

a 27 de febrero de 1956 = 4 años 3 meses, a razón de \$ 50.00 mensuales, con aplicación de las Tablas de Garuffa, $3-465 \times \$ 600 = \$ 2.079.00$; más 3 meses a \$ 50.00 = \$ 150.00.

Suma de la indemnización: \$ 6.150 más \$ 2.079.00, más \$ 150.00 = \$ 8.379.00.

Monto de la indemnización para Rosa Rocha de Rodríguez

Por el mismo concepto y durante el mismo tiempo que el anterior.

Primer período. \$ 6.150.00.

Segundo período. Con aplicación de las Tablas de Garuffa, desde el 27 de noviembre de 1951 al 27 de diciembre de 1956, o sea, 5 años y un mes, $4-212 \times \$ 600 = \$ 2.527.20$; más \$ 50.00 de un mes.

Suma la indemnización a Rosa Rocha de Rodríguez: \$ 6.150.00, más \$ 2.527.20, más \$ 50.00 = \$ 8.727.20.

Total: \$ 8.379.00 más \$ 8.727.20 = \$ 17.106.20.

Deducción de lo decretado por el Consejo de Estado: \$ 17.106.20 — \$ 3.420.00 = \$ 13.686.20.

Suma la indemnización total \$ 13.686.20.

De los perjuicios morales no hay que hablar aquí, pues quedaron determinados en la sentencia condenatoria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, REFORMA la providencia apelada de 19 de septiembre de 1949, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de declarar que la suma debida por la Nación a los actores en este juicio, por perjuicios materiales, es la de TRECE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$ 13.686.20).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiocho de enero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El apoderado de los demandantes pide reposición de la providencia de este despacho, de 20 de noviembre último, por medio de la cual se reforma la del Tribunal de Bogotá, que regula la cuantía de los perjuicios que la Nación ha de pagar a aquéllos.

Dos son los reparos que se le hacen a lo resuelto:

a) La Sala pretermite el dictamen de los dos peritos médicos que examinaron a los señores Antonio María Rodríguez y Rosa Rocha de Rodríguez, para acoger, en cambio, el concepto que se desprende de las tablas de la Compañía Colombiana de Seguros y del Director General de Estadística de la Contraloría, "sin exponer ningún fundamento" y siendo así que la opinión de los facultativos se funda en el examen directo y personal que hicieron de aquellas personas, mientras que aquel concepto se basa en una generalidad.

b) La Sala desecha también, "sin exponer los juicios o razonamientos para rechazarlo y máxime cuando se trata de un simple avalúo o regulación en cifras numéricas", el dictamen "uniforme, explicado y debidamente fundamentado", de los peritos que dieron su concepto sobre el valor de los perjuicios materiales.

Se considera:

De acuerdo con los preceptos legales, el valor o mérito probatorio del concepto de peritos se desprende, no propiamente de las afirmaciones que hagan, sino de los motivos o razones que, según las reglas de su arte, profesión u oficio, les sirvan de base o fundamento. Por eso se les exige que expresen "en todo caso, con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto", y aún en el evento de que se trate de "hechos sujetos a los sentidos el dictamen vale solamente por lo que expongan, según sus cono-

cimientos "como consecuencia de aquellos hechos" (Art. 722 del c. j.).

En la primera instancia, citados los peritos médicos dicen que habían rendido un dictamen sobre la futura vida probable de los esposos Rodríguez y Rocha de Rodríguez y que "previo examen clínico y somático de éstos" señalaron "para Antonio María Rodríguez veinte años de futura vida probable y para Rosa Rocha de Rodríguez veinticinco años de futura vida probable" (f. 29 del c. 1.).

Por eso pidió el señor Procurador que se completaran las pruebas de supervivencia, por encontrar por extremo deficiente aquel concepto, ya que no se dictaminó sobre la edad aparente al tiempo del siniestro, y las certificaciones de la compañía de seguros de vida, traídas a los autos, se referían a sujetos de 34 y 62 años.

La Sala pidió a la Contraloría el dato de la vida futura probable de los demandantes, teniendo en cuenta "las tablas sobre vida probable expedidas por la Compañía Colombiana de Seguros o por otra compañía de este género, y teniendo presente, no sólo la edad del señor Rodríguez el día del accidente, sino también la de la señora Rocha de Rodríguez, fijada de antemano por peritos médicos, mediante "examen somático y clínico" (f. 16 y v.).

Así, pues, el concepto de los peritos es criticable por falta de razones más detalladas, pero en ningún caso puede decirse que el de la primera instancia sea más fundado que el de la segunda, pues el acogido, como salta a la vista, tiene indudablemente mayores fundamentos de certeza.

De otro lado, tal ha sido la forma tradicional de proceder la Corte en casos semejantes, como que ofrecen menor riesgo de error los cálculos de vida hechos sobre multitud de personas, que han permitido formar las tablas de mortalidad, que el hecho sobre un caso determinado y sin que se conozcan las razones en que se apoya.

En cuanto a la circunstancia de haber desechado el dictamen de los peritos que dieron su concepto sobre el valor de los perjuicios materiales, no es exacto que la Sala lo hubiera desechado "sin exponer los juicios o razonamientos

para rechazalo", como que la providencia de la Corte es un detallado análisis de los argumentos del señor Procurador que se tuvieron presentes como crítica a la de primera instancia y, por tanto, al concepto de los peritos, para mantener algunos puntos de vista y cambiar otros, según las razones que se dan en forma prolija.

No se ha empleado, pues, un "simple criterio de soberanía", sino uno de examen razonado de las pruebas traídas al proceso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, MANTIENE su providencia de veinte de noviembre último, dictada en este negocio.

Notifíquese.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En este juicio ordinario de única instancia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia dictó la sentencia de fecha veintitres de febrero del año pasado, en la cual se resolvió:

“Condénase a la Nación a indemnizar al señor

Evaristo Herrera de la Torre los perjuicios que a éste se le causaron con el incendio de su casa N° 5-63 de la calle 24 de esta ciudad, hecho que tuvo ocurrencia mientras la Nación ocupaba dicha casa como arrendataria.

“La regulación del monto de los perjuicios se hará de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 553 del C. J.”.

Una vez en firme esta sentencia, el apoderado del señor Evaristo Herrera de la Torre formuló ante la Sala su correspondiente liquidación motivada de perjuicios, dando como resultado la cantidad de ciento cincuenta mil cuatrocientos ochenta y tres pesos con treinta y tres centavos (\$ 150.483.33), distribuida en la siguiente forma:

Valor de la reconstrucción de la casa N° 5-63 de la calle 24 de esta ciudad, incluyendo el sótano y habitaciones bajas y las lámparas y pantallas que tenía la casa\$ 128.725.00.

Vienen\$ 128.725.00.

Valor de los arrendamientos de dicha casa, dejados de percibir hasta la fecha de la liquidación\$ 21.758.33.

De la expresada liquidación se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, el cual le hizo varias observaciones o reparos, entre otros que no era procedente “el pago del valor del sótano”, porque éste “fue excluido expresamente del contrato, como consta en la cláusula 1ª”.

Después se abrió el incidente a pruebas; se allegaron algunos documentos y se practicó una inspección ocular con intervención de peritos; to-

do hasta poner el asunto en estado de recibir la decisión correspondiente.

A este fin, se considera:

En la inspección practicada dentro de este incidente se recibieron las declaraciones de los señores Nemesio de la Espriella Vélez y Paulo Pinzón, quienes manifestaron que la casa N° 5-63 de esta ciudad presentaba entonces el mismo aspecto ruinoso y los mismos estragos que pudieron observar después del incendio, cuando estuvieron dándose cuenta de lo ocurrido. Luego se dejó constancia en la diligencia de cuál era ese estado, en los siguientes términos:

“En la actualidad existe en el frente sobre la calle 24 una edificación de un piso consistente en el zaguán y en el salón de la casa, con el techo, el tejado y las paredes algo destruidas; el piso de parquet del salón está inservible. En seguida se encuentran el hall y un cuarto lateral con los techos completamente destruidos; los pisos de parquet inservibles y el tejado en pésimo estado. Todas estas habitaciones tienen guardascoba de madera. El portón y el trasportón son de madera con rejas y están en buen estado. Las ventanas exteriores son de madera con una reja en la parte baja; las ventanas del sótano a la calle se hallan en buen estado. Las puertas interiores son de madera entabladas y molduradas, lo mismo que un bastidor de madera con vidrios que separa el hall del patio; esta carpintería se halla en regular estado. La marquesina que cubre el patio principal está en regular estado. El patio y el zaguán tienen piso de baldosín de cemento en regular estado. En el resto del lote quedan escombros de paredes y de pisos en los cuales se puede apreciar lo siguiente: 1—El piso del baño principal era de placa de concreto armado terminado con mosaico extranjero. 2—Las paredes del baño principal iban enchapadas en baldosín de porcelana blanco extranjero. 3—Las paredes de la cocina iban enchapadas en baldosín de cemento nacional. 4—En las paredes del comedor se ven chazos que indican que hubo un enchapado de uno con sesenta metros de altura aproximadamente. 5—Las instalaciones eléctrica y sanitaria eran incrustadas. 6—El corredor

hacia el interior de la casa tenía piso sobre placa de concreto armado con malla metálica. 7—Los muros que se aprecian son de ladrillo, pañetados con pañete fino. Algunos de los muros van terminados con estuco y otros empapelados. 8—El tejado era de teja de barro colocada sobre armadura de madera rolliza. 9—Los cielos rasos iban moldurados y con plafones de yeso en los centros. Algunas paredes llevaban molduras alrededor de las puertas. 10—Existe un sótano en la totalidad del área que estaba construida, excepción hecha del área ocupada por el patio principal y los patios interiores. En conjunto se puede apreciar claramente que la totalidad de la casa, con excepción del zaguán, el salón, el hall y la marquesina del patio, se halla completamente destruida y reducida a escombros, debido a un incendio según lo demuestran algunos escombros”. (fs. 5 y 6 del cuad. Nº 5).

Establecido así el estado en que quedó la casa del demandante a consecuencia del incendio, los peritos que concurrieron a la diligencia de inspección, doctores Jorge Sanz de Santamaría Sáenz y Jorge Ospina Ortiz, procedieron a rendir posteriormente su dictamen sobre los puntos sometidos de modo especial a su consideración, relacionados con el valor de los perjuicios a que fue condenada la Nación.

Dicen los peritos en su informe:

“Es posible edificar el tramo delantero compuesto del zaguán, la sala y la primera habitación interior que da al actual hall, utilizando los muros originales y reconstruyendo totalmente la cubierta, cielos rasos, gran parte de los pañetes, la totalidad de los pisos, gran parte de la ornamentación en yeso, reparando la carpintería que se encuentra en mal estado, reponiendo la totalidad de la cerrajería y la totalidad de las pinturas y acabado de dicho tramo. En cuanto al resto de la edificación, lo consideramos irreconstruible, ya que lo que queda en pie de la mampostería fue sometido a las altas temperaturas con consecuentes (sic) a un incendio, desvirtuando con ellas las propiedades de resistencia y adherencia de los morteros de cemento o cal empleados en ella. Por lo tanto, consideramos necesario demoler lo no aprovechable del tramo delantero en las condiciones anteriormente mencionadas y los escombros y restos de la otra parte de edificación sacarlos del lugar en donde se encuentran”.

Y agregan adelante los expertos, “sobre el costo de edificación de una casa de las mismas con-

diciones de la que destruyó el incendio”:

“La reconstrucción del **tramo delantero** nombrado en nuestra respuesta al punto b), utilizando las partes de lo existente anotadas en ese mismo punto, con una superficie de 75 m2, valdría a razón de \$ 90.00 el m2, la suma de \$ 6.750.00.

“En esta suma no se ha incluido ninguna obra en los 70 m2 de sótano correspondientes a este tramo, por hallarse en buen estado.

“La construcción del resto de la edificación valdría:

“339.90 m2 de edificación en un piso, igual a la que existía, a razón de \$ 185.00 el m2..... \$ 62.881.50.

Pasan\$ 69.631.50.

Vienen\$ 69.631.50

“240 m2 de sótano incluyendo los cuartos de servicio del tramo del fondo que hacían parte de éste, a razón de \$ 43.00 m2.....\$ 10.320.00

“Suma\$ 79.951.50

A la cifra anterior debe agregarse, en concepto de los peritos, la de \$ 1.000.00 como “costo de demolición y limpieza del lote”, y la de \$ 3.892.00 como valor de las lámparas y demás objetos que figuran en el inventario sobre entrega de la casa a la entidad arrendataria (f. 17 del cuad. Nº 1); o sea la suma de\$ 4.892.00

Total por concepto de daño emergente...\$ 84.843.50

Explicando en cada caso estas apreciaciones o justiprecios, los doctores Sáenz de Santamaría Sáenz y Ospina Ortiz se expresan como sigue:

“Para la fijación de los precios unitarios anteriores, hemos tenido en cuenta, en primer lugar nuestra experiencia de profesionales especializados en esa materia; los costos de la mano de obra y de los materiales de construcción de la calidad de los que a juzgar por los rastros y huellas dejados por el incendio, eran los de la casa destruida y que suponemos de mediana calidad. Hemos hecho cuidadoso estudio sobre costo de materiales de construcción, mano de obra, aparatos sanitarios, instalaciones sanitarias, eléctricas, pisos, carpintería, cerrajería, pinturas, empapelados, etc., etc.; hemos tenido en cuenta los costos de las construcciones que actualmente se adelantan; las cotizaciones de diferentes firmas constructoras para construcciones de calidad y condiciones similares a las que se deberían tener en cuenta para reconstruir la casa de la ca-

Ile 24 Nº 5-63; y del estudio cuidadoso que de todos esos elementos de juicio hemos hecho, es como llegamos a la fijación de los precios unitarios antes indicados.

"Es entendido que a lo que se refiere este dictamen es a la reedificación de una casa lo más igual que sea posible a la que existía, pues es de advertir que no hemos tenido en cuenta ni en mente la edificación de una casa moderna que pudiera levantarse en el terreno para explotarlo adecuadamente, porque eso no se nos ha preguntado y es claro, además, que el costo de una edificación moderna sería mayor. También vale la pena anotar que reconstruir la casa con las mismas características que tenía la anterior, como muros de exagerado espesor, etc., usuales en las edificaciones de otros tiempos, resultaría innecesariamente oneroso.

".....
"Teniendo en cuenta que no conocimos las pantallas, aparatos sanitarios del baño, estante de madera, lavaplatos, brazos y lámparas, estufa, calentador, etc., dejamos constancia que el avalúo corresponde a elementos de tipo corriente y de calidades que hubieran podido ajustarse al tipo de construcción de la casa destruida".

Por último, en lo tocante al lucro cesante, los mencionados peritos estiman que debe computarse a razón de \$ 450.00 mensuales, desde la fecha del incendio; estimación para la cual tienen en cuenta que ése era el canon que pagaba la Nación durante el término del arrendamiento, y porque a su juicio las tarifas del Control resultan inaplicables para dicho cómputo, por las razones que dan en el siguiente aparte de su dictamen:

"...En el caso concreto de la casa del señor Herrera es preciso tener en cuenta que a partir del incendio quedó, como casa habitable, como lo era antes, sin avalúo catastral. Con fechas 31 de mayo de 1949 y 14 de diciembre de 1950 se efectuaron nuevos avalúos catastrales de la casa en que nos venimos ocupando, pero esos avalúos no podemos tenerlos en cuenta para deducir de ellos lo que, en conformidad con las tablas del Control, sería el valor de los arrendamientos, porque tales avalúos se refieren a un lote con una edificación en ruinas y no a la casa en el estado en que se encontraría si no hubiera sido destruida por el incendio..."

Viniendo ahora a las observaciones de la Procuraduría, en cuanto puedan incidir sobre algunos aspectos de la prueba pericial en referencia,

estima la Sala:

1º—Respecto de los perjuicios a que fue condenada la Nación, es claro que el alcance de ellos no se extiende al sótano de la casa que fue destruida por el incendio, por las siguientes razones: a) porque ese sótano fue excluido expresamente del contrato de arrendamiento celebrado con la Nación, como consta en la cláusula primera (f. 1 del cuad. Nº 1); b) porque de acuerdo con la demanda inicial de este juicio, el actor se limitó a solicitar la indemnización de los perjuicios que se le causaron con la destrucción del inmueble objeto del arrendamiento; y c) porque el fallo de la Corte que ha dado lugar a esta regulación se funda en los artículos 2005 y 2007 del Código Civil, en perfecta armonía con las pretensiones deducidas por el demandante.

2º—En cuanto a las pantallas, lámparas y demás objetos que los peritos avalúan por separado, considera la Sala que sí deben tomarse en cuenta para fijar el monto de los perjuicios causados al demandante, ya que de autos resulta que esos elementos fueron especificados en el inventario de entrega a la Nación (f. 17 del cuad. Nº 1), lo cual hace presumir que fueron destruidos por el incendio;

3º—Por último, es perfectamente razonable la base que dan los peritos para la determinación del lucro cesante, o sea la suma de \$ 450.00 mensuales, que era lo que la Nación había venido pagando como arrendamiento; siendo lo natural, por lo demás, que se tome en consideración todo el tiempo transcurrido desde la fecha del incendio, puesto que, como lo dicen los mismos peritos, la casa quedó en tales condiciones de ruina que no se hubiera podido arrendar a ningún precio, ni siquiera como solar no edificado, porque "los escombros... no lo hubieran permitido".

De todo lo cual se deduce que el monto de los perjuicios causados al señor Herrera de la Torre, de conformidad con las pruebas y razonamientos anteriores, es el siguiente:

DAÑO EMERGENTE

La suma indicada por los peritos menos los \$ 10.320.00 en que estiman la reconstrucción del sótano de la casa, o sea la de\$ 74. 523.50

LUCRO CESANTE

El valor de lo que hubiera producido el inmueble durante 42 meses, o sea del 20 de agosto

de 1948 (fecha del incendio) al 20 de febrero del presente año, a razón de \$ 450.00 mensuales, la cantidad de\$ 18.900.00.

Total\$ 93.423.50.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia fija la suma de noventa y tres mil cuatrocientos veintitres pesos con cincuenta centavos como cuantía de los perjuicios que la Nación debe pagar al señor Evaristo Herrera de la Torre, de acuerdo con

la sentencia de fecha veintitres de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, dictada en el presente asunto.

Notifíquese y cópiese.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín

Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

ACUMULACION DE JUICIOS — PARA QUE ELLA PROCEDA, SE REQUIERE IDENTIDAD DE CAUSA EN LOS ACTORES DE CADA JUICIO, Y NO BASTA LA SIMPLE SEMEJANZA O ANALOGIA

De la relación de autos se desprende que las acciones ejercitadas tienden a tutelar el derecho de propiedad y al efecto se pide que se declare el dominio y la consiguiente restitución, en especie o en dinero, de cada uno de los lotes del predio de La Loma: cada demandante tiene o cree tener propiedad sobre un cuerpo cierto, identificado en cada demanda, y, por tanto, el derecho de cada uno es exclusivo e independiente de los demás; en consecuencia cada actor debe probar su derecho, distinto en cada caso, porque cada fundo tiene su historia, sus antecedentes y sus títulos, esto es, las pruebas son diferentes.

Así, pues, si causa es “el título en virtud del cual adquirimos algún derecho”, ya puede decirse que no existe identidad de causa en los diferentes actores de los distintos procesos.

De esta suerte, puede hablarse de semejanza o analogía de causa, pero como la ley habla de identidad de causa —“una misma causa”— no se cumple la previsión del estatuto para acceder a la solicitud de acumulación que se demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El señor Procurador Delegado en lo Civil pide la acumulación de los siguientes juicios ordinarios que se adelantan contra la Nación:

a) El de Raquel Gómez v. de Caro y otros; b) el de A. Noguera y Compañía; c) el de Sara Isabel Roca de Cepeda; d) el de Paulina Ester Roca v. de Insignares; e) el de Zoila Rosa Roca v. de Insignares; f) el de Julio Angulo B.; g) el de José A. Bula y otros; y h) el de Amelia Bula de Welpley. En total, ocho, la mayoría de los cuales han entrado al despacho para sentencia.

Alega que “todos estos juicios tienen una mis-

ma causa, cual es la ocupación, por parte de la Nación, de varios lotes de “La Loma”, en que creen tener derecho de dominio los demandantes, para el Terminal Marítimo y Fluvial del Puerto de Barranquilla, a virtud de un decreto del Presidente de la República doctor Enrique Olaya Herrera y de una resolución ministerial proferidos en el año de 1932.

“De continuarse la tramitación separada de cada uno de estos juicios, se dividirá la continencia de la causa, como lo enseña el artículo 398, numeral 4º, del Código Judicial”.

Se considera:

Fuera del juicio de cesión de bienes o del de concurso de acreedores, debe decretarse la acumulación de autos “cuando de seguirse separadamente los juicios, se divida la continencia de la causa”.

El señor Procurador, como ya se dijo, entiende que se dividiría aquella continencia porque “las acciones provienen de una misma causa”, o sea, la ocupación por el Estado de los diversos lotes de “La Loma”, mediante un decreto y una resolución oficiales (ordinal 4º del artículo 398 del C. J.).

Mas no comparte la Sala este criterio, porque ni en su origen ni en su finalidad el resultado de la decisión que haya de recaer en un juicio tiene influencia respecto de los otros.

En efecto y, como se alega, de la relación de autos se desprende que las acciones ejercitadas tienden a tutelar el derecho de propiedad y al efecto se pide que se declare el dominio y la consiguiente restitución, en especie o en dinero, de cada uno de los lotes del predio de La Loma: cada demandante tiene o cree tener propiedad sobre un cuerpo cierto, identificado en cada demanda, y, por tanto, el derecho de cada uno es exclusivo e independiente de los demás; en consecuencia, cada actor debe probar su derecho, distinto en cada caso, porque cada fundo tiene su historia, sus antecedentes y sus títulos, esto es, las pruebas son diferentes.

Así, pues, si causa es “el título en virtud del

cual adquirimos algún derecho", ya puede decirse que no hay identidad de causa en los diferentes actores de los distintos procesos.

De esta suerte, puede hablarse de semejanza o analogía de causa, pero como la ley habla de identidad de causa —"una misma causa"— no se cumple la previsión del estatuto para acceder a lo que se demanda.

Por lo demás, ésta ha sido la doctrina de la Corte, como puede verse en los fallos de 30 de marzo de 1936 (G. J. número 1911-12, pág. 753), de 21 de junio de 1943 (G. J. número 1998, página 732) y de .. de noviembre de este año. En este último se pedía la acumulación de dos juicios seguidos contra la Nación y el Municipio de Manizales porque "las súplicas de las demandas... son de idéntica naturaleza, diferenciándose en cuanto al título que les sirve de fundamento y en cuanto a los lotes de terreno que son objeto de las acciones incoadas". Dijo la Sala:

"Fundada como está la acumulación pedida en la identidad de causa, conviene aclarar si en verdad esa identidad aparece demostrada de autos.

"Para que tal circunstancia se produzca jurídicamente es indispensable que el derecho que se ejercita en cada uno de los juicios provenga de un mismo título u obligación, no importa que la acción vaya dirigida contra varias personas".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, NO ACCEDE a decretar la acumulación de autos solicitada de que se viene hablando.

Sin costas (artículo 576 del C. J.).

Cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez — Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE REPONE LA PROVIDENCIA ANTERIOR. — CUAL ES LA CAUSA DE LAS ACCIONES

Lo que debe considerarse como causa de las acciones no es fundamentalmente el hecho que ha lesionado un derecho, en su caso, sino el derecho subjetivo o material que ha sido lesionado por el hecho: aquélla será la CAUSA DE HECHO, pero debe primar, en caso de LITIS, LA CAUSA DE DERECHO, pues la lógica enseña que los procedimientos han sido establecidos para la tutela de los derechos, y no al contrario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, cinco de febrero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El señor Procurador Delegado en lo Civil pidió la acumulación de los juicios de Raquel Gómez v. de Caro y otros, de A. Noguera y Compañía, de Sara Isabel Roca de Cepeda, de Paulina Ester Roca v. de Insignares, de Zoila Rosa Roca v. de Insignares, de Julio Angulo B., de José A. Bula y otros, y de Amelia Bula de Welpley.

Alegó que las acciones intentadas en los distintos juicios tienen una misma causa, o sea, "la ocupación, por parte de la Nación, de varios lotes de 'La Loma', en que creen tener derecho de dominio los demandantes, para el terminal marítimo y fluvial del puerto de Barranquilla.

La Sala no accedió a decretar la acumulación, porque creyó que no tenía la misma causa alegada, pues ni en su origen ni en su finalidad influiría el fallo de un proceso en el de los otros.

Como de esa providencia, de 30 de noviembre, pide reposición el señor Procurador Delegado en lo Civil, debe resolverse lo que sea pertinente.

Expresó la Sala que las acciones ejercitadas tendían a amparar el derecho de propiedad que cada uno de los actores cree tener sobre cada predio y que, por tanto, las personas eran distintas, los inmuebles diferentes y, sobre todo, el derecho de cada cual era exclusivo e independiente del de los demás. Y que como causa es el título en virtud del cual adquirimos algún derecho, no

podía decirse que había identidad de causa en las varias acciones intentadas.

El señor Procurador pide reposición de lo resuelto, fundándose en el motivo primordial "de que la causa de hecho expuesta en las distintas demandas hállese en el decreto ejecutivo 2210 y en la resolución ministerial 223 de 1932, a virtud de los cuales se desposeyó a los actores que contienden con mi parte, de los fundos que son objeto de las mismas acciones, agitadas por ellos simultáneamente y por cuerdas separadas. De ahí que invocara yo — explica — el numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial, en el que por regla general se estatuye que para evitar la división de la "continencia de la causa" pueden reunirse dos o más procesos **"cuando las acciones provengan de la misma causa"**.

Agrega luego que no es lo mismo el derecho sustancial que el derecho procesal en acción, pues hoy ya no se admite el aforismo clásico de que la acción es el derecho en actividad y por ello no puede afirmarse que "hay tantas causas de las demandas cuantas causas hayan dado nacimiento a los derechos que pretenden hacerse valer en juicio", y que "no hay identidad de origen en los títulos de los derechos subjetivos cuyo amparo se demanda".

La acción es el derecho subjetivo público que corresponde al ciudadano, que tiene razón legal, para que el Estado le conceda la tutela jurídica, es un medio específico de alcanzar la sanción legal en los conflictos de derecho. La causalidad eficiente de las acciones ejercitadas no está constituida por el título de derecho que se hace valer en juicio, sino por el concurso simultáneo del interés concreto derivado del título, y del hecho jurídico, o estado de hecho contrario a dicho interés, siempre que tal estado de hecho esté previsto por la ley.

Después de un interesante estudio sobre el título o derecho sustancial y la acción, con citas de Chiovenda, concluye que "con un mismo hecho contrario a derecho se pueden afectar distintas situaciones jurídicas, correspondientes a otros tantos sujetos, quienes, por tanto, pueden demandar

ante la justicia la misma especie de tutela si la lesión de sus respectivos derechos consiste en iguales resultados”.

Y termina diciendo que en los juicios cuya reunión solicita, varios ejercitan las mismas acciones contra la Nación respecto de terrenos distintos ubicados en una zona conocida con la misma denominación. Y en todos ellos se aduce como causa eficiente y única de las desposesiones tanto el decreto como la resolución antes citados, “de manera que sin estos hechos (actos administrativos) ninguna ocupación para el trabajo público llamado Terminal Marítimo y Fluvial del Puerto de Barranquilla hubiera ocurrido”.

Tales son, expuestos en la forma más sucinta posible, los argumentos del señor Procurador para solicitar que se reponga la providencia de 30 de noviembre último, por la cual se negó la acumulación de los procesos de que se habló al principio.

Para resolver se considera:

Desde luego que la ley habla de que se divide la continencia de la causa **“cuando las acciones provengan de una misma causa”**, hay que entender que se refiere a la **causa petendi**, pues el objeto o el derecho reclamado es uno de los elementos esenciales de la acción.

Y aquí surge el problema planteado, con mucho esmero, por el señor Procurador, de que la causa no se ha de entender “el derecho subjetivo que pretende ampararse con la acción”, sino el hecho contrario a ese derecho subjetivo, que aquí consiste en la ocupación de los lotes, por parte del Estado, mediante el decreto y la resolución aludidos al principio, para el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

Para saber lo que debe entenderse por **causa** de las acciones judiciales, se hace indispensable acudir a los principios, con el fin de llegar a una conclusión acertada, ya que la ley no define lo que ella sea.

Como el señor Procurador lo anota, la teoría tradicional de que la acción es el derecho sustantivo o material en actividad ha sufrido serios ataques, hasta llegar a la tesis radical opuesta de Chiovenda de que la acción es un derecho potestativo, autónomo y distinto, para la tutela del derecho, o mejor, para obtener la voluntad de la ley y, en consecuencia, que no es una sola con la obligación, ni el medio para hacerla valer, sino que nace del hecho de quien quebranta una norma, tutelar de un bien, en vez de conformarse con ella.

Pero del análisis de lo que es la acción a la luz del derecho procesal no debe llegarse a la conclusión exagerada de que pueda prescindirse de los derechos subjetivos como fuente esencial de las actividades procesales. El mismo Chiovenda admite “la existencia de un estrechísimo lazo entre la acción y la obligación”, pues ambas se dirigen “a la misma voluntad concreta de la ley que garantiza un bien determinado y tienden a la consecución de este mismo bien”. Es que, como lo anota Rocco, no debe hablarse de derecho potestativo, “sino más bien de facultades contenidas en los derechos subjetivos”.

Es más, el propio Chiovenda, al analizar lo que es la identidad de la causa dice que la **causa petendi** es el hecho constitutivo de la acción, pero no un simple hecho o motivo, sino **“un hecho jurídico”**. Así, prosigue, en las acciones de condena “la causa de la acción es la existencia de un derecho a una prestación y, por lo mismo, en último análisis se llega al **hecho constitutivo** de este derecho”. Así, “la acción de reivindicación tiene por causa el derecho de propiedad”, aunque no sea ninguno de los modos de adquisición, “sino el hecho actual de la propiedad: la **cuestión jurídica** radica siempre en la existencia del derecho de propiedad”.

Ya antes ha explicado que los **hechos jurídicos** son aquellos de los cuales se deriva la existencia, la modificación o la cesación de una voluntad concreta de la ley, y que se diferencian de los simples **hechos o motivos** en que éstos sólo tienen importancia para el derecho en cuanto pueden servir para probar la existencia de un hecho jurídico. Así, son hechos jurídicos constitutivos, una sucesión, un préstamo; hechos jurídicos extintivos, un pago, una remisión, la pérdida de la cosa debida; y hechos jurídicos impeditivos, como la ilicitud de la causa, que hace que una obligación no pueda tener efecto alguno.

En definitiva, lo que debe considerarse como causa de las acciones no es fundamentalmente el hecho que ha lesionado un derecho, en su caso, sino el derecho subjetivo o material que ha sido lesionado por el hecho: aquella será la **causa de hecho**, pero debe primar, en caso de **litis**, la **causa de derecho**, pues la lógica enseña que los procedimientos han sido establecidos para la tutela de los derechos, y no al contrario.

En el caso citado por el señor Procurador, el hecho material es la única causa o fundamento de la indemnización que entonces se reclamaba; no ocurre lo mismo en el caso actual, en que las

pretensiones de los demandantes se fundan principalmente en ser ellos titulares del derecho de propiedad de fundos distintos e invocan para tal demostración títulos diferentes que vienen siendo la causa sustancial de sus demandas. No puede decirse, pues, en tales condiciones, que sea una misma la causa de pedir en los diversos juicios.

Y es que, aún admitiendo la tesis del señor Procurador, tampoco el hecho perturbador del derecho material o sustancial fue idéntico, aunque hubiera tenido su origen mediato en un decreto o resolución del Gobierno. Como lo dice el apoderado de uno de los actores, tal ataque o hecho perturbador incidió directa y concretamente sobre cada fundo, que es propiedad exclusiva de cada demandante, y no sobre una extensión territorial que tuvieran en común los actores. Si Pedro ocupa varios fundos de distintos dueños

—trae como ejemplo— éstos no osarían demandar en un solo juicio reivindicatorio al ocupante, pues cada acción de dominio tendría su causa en razón de la ocupación de cada predio.

Por esto considera la Sala que no hay razón para acumular los porcesos de que se trata y, por tanto, que el auto recurrido debe mantenerse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, mantiene su providencia de 30 de noviembre último, que ha sido objeto del presente recurso.

Notifíquese.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez — Agustín Gómez Prada — Rafael Leiva Charry — Jorge García Merlano, Secretario.

EL ARTICULO 1º DE LA LEY 66 DE 1945 SOLO ESTABLECIO UNA ACCION JUDICIAL DE REQUERIMIENTO, PERO NO CONSAGRO REFORMA ALGUNA RESPECTO DE LAS CONDICIONES O REQUISITOS QUE DEBEN REUNIR TODAS AQUELLAS OBLIGACIONES DE HACER REGLADAS POR DICHO ESTATUTO

El artículo 1º de la Ley 66 de 1945 no consagró reforma alguna respecto de las condiciones o requisitos que deben reunir todas aquellas obligaciones de hacer regladas por dicho estatuto. La naturaleza especial del procedimiento de apremio requiere que aquéllas sean expresas, claras y sobre todo exigibles, pues lo que la reforma del año 45 estableció no es en el fondo sino una acción judicial de requerimiento, la cual sólo es procedente cuando el deudor se constituye en mora de cumplir, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1610 del C. Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, seis de febrero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Ch.)

El 18 de octubre de 1937, el Juez del Circuito de Orocué, comisionado al efecto por el Tribunal Superior de Cundinamarca, hizo al representante de la Nación entrega de "el aire, el suelo y el subsuelo de las tierras de Santiago de las Atalayas y de Pueblo Viejo de Cusiana, por los linderos transcritos, con el derecho y la soberanía que tenía sobre los mismos la Corona de España en el año de mil setecientos cincuenta y nueve, cuando se hizo el remate del resguardo de Indígenas, título en el cual basaba la entidad demandada su derecho de dominio sobre los terrenos objeto de la sentencia y entrega".

Se reintegraba en esa forma al patrimonio nacional una extensa y valiosa zona de terrenos, culminando así después de varios años las gestiones adelantadas por el general Jorge Martínez L., en virtud del contrato de denuncia que de tales bienes ocultos celebrara con el Ministro de Minas y Petróleos, el 22 de diciembre de 1920.

Cumplidas con éxito todas las obligaciones contraídas con el Estado, el propio General pidió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el pago

de la participación pactada, que según la cláusula novena del contrato en referencia, equivalía al 45% del valor de los bienes reivindicados para la Nación, de acuerdo con el avalúo que hicieran peritos nombrados por el Consejo de Estado. El Ministerio, por Resolución número 53, de 9 de marzo de 1938, dispuso proceder al avalúo pericial de los terrenos expresados, para el cual "los peritos tendrán en cuenta que se trata de terrenos baldíos, que son los que la Nación ha recuperado y recibido, y que dentro del perímetro referido existen mejoras, fundaciones, hatos o haciendas o caseríos que no deberán avaluarse, por poseer terceros tales bienes o tener derecho a su valor, y que además deberán excluirse del avalúo setecientas ochenta y dos (782) hectáreas, ocho mil ciento cuarenta y dos (8.142) metros cuadrados de terreno que no pertenecen a la Nación.

Se excluía así del avalúo, el subsuelo de los terrenos reivindicados, ya que sobre la base de ser baldíos, aquél había de corresponderle exclusivamente a la Nación.

No conforme el General Martínez con lo resuelto por el Ministerio, entre otras razones porque no se trataba de terrenos baldíos sino de propiedad privada del Estado que habían vuelto a su poder en las condiciones en que la Corona de España los poseía, pidió reconsideración de dicha providencia, recurso que le fue negado por Resolución número 204, de 26 de julio de 1938.

Fue entonces cuando el General Martínez L. ocurrió ante esta misma Sala en demanda contra la Nación, a fin de que, entre otras declaraciones, se hicieran las siguientes: que son nulos el parágrafo del artículo 1º y el artículo 2º de la Resolución ministerial número 53, confirmada por la 204; y que la participación del 45% que le corresponde al demandante, sea equivalente en esa proporción al valor comercial que los peritos fijan al suelo y al subsuelo, con la sola exclusión de 752 hs. 8.142 metros cuadrados de Domingo Ortiz.

Esta Sala, en sentencia de 30 de octubre de 1939, declaró nula la Resolución demandada, en cuanto por ella se ordenó tener en cuenta la calidad de baldíos de los terrenos, a efecto de excluir del avalúo el subsuelo de los mismos, y, también, en cuanto se ordenó excluir igualmente de dicho avalúo las mejoras en poder de terceros, sin hacer salvedad del mismo subsuelo.

Y en el punto Tercero el fallo de que se habla, dijo:

"Tercero.—La participación del cuarenta y cinco por ciento (45 %) que le corresponde al demandante señor Jorge Martínez L., de acuerdo con el contrato celebrado el 22 de diciembre de 1920 y que fue ratificado por la Resolución número 431, de 17 de enero de 1922, debe ser equivalente en esa proporción o porcentaje, al valor comercial que los peritos fijen de acuerdo con los puntos anteriores, al suelo y al subsuelo de los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, comprendidos dentro de los linderos señalados en el ordinal segundo de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el once de octubre de mil novecientos veintiseis, sin perjuicio de la facultad que tiene el Gobierno Nacional, de acuerdo con la Ley 128 de 1938, para reconocer al demandante en especie la participación que le corresponde en el suelo y el subsuelo de los mencionados terrenos.

Posteriormente, en memorial dirigido al Ministerio de Hacienda, pidió el General Martínez que el Gobierno decidiera si le iba a hacer el pago de la participación en dinero o en especie, pero por Resolución número 102 de 1940, el Ministerio se abstuvo de resolver la solicitud "mientras todos los interesados no la hagan de consuno, o hasta tanto no se le comuniquen por el Órgano Judicial las sentencias que declaren inválidas las cesiones de cuotas de la mencionada participación a que se ha hecho referencia, y se ordene la cancelación del embargo que sobre dicha participación pesa".

Reclamada por el interesado tal Resolución, el Ministerio de Hacienda, despacho al cual le había sido adscrito el ramo de bienes ocultos del Estado, la revocó por la número 1181 de 13 de abril del mismo año, porque —dijo esa providencia— "realmente, la solicitud del General Martínez se limita a que el Gobierno decida si es su voluntad pagar en dinero la participación pactada con el peticionario, o si, prefiere, haciendo uso del derecho de opción que le reconoce el artículo 1º de la Ley 128 de 1938, pagar dicha participa-

ción en especie. Es ésta una cuestión que puede resolverse con anterioridad a la ejecución del pago mismo y que, por consiguiente, no está necesariamente vinculada a la decisión de la validez de las cesiones ameritadas en la providencia que se reclama, ni a la vigencia o cancelación del embargo judicial que sobre la participación del peticionario pesa".

Entra luego el Ministerio al estudio de fondo de la solicitud del General y después de traer a cuento las gestiones por éste adelantadas hasta entonces con el fin de que se le reconociera y pagara su participación en especie; las razones en que el propio Ministerio se fundó al dictar sus Resoluciones números 53 y 204, conforme a las cuales se decidió que de acuerdo con el contrato sobre denuncia de bienes ocultos y a la ley coetánea a su celebración, no era legalmente posible efectuar el pago en la forma pedida; la sentencia de la Corte en cuyo punto Tercero antes transcrito deja a salvo la facultad que tiene el Gobierno de acuerdo con la Ley 128 de 1938, para reconocer al demandante en especie la participación que le corresponde en el suelo y en el subsuelo de los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana; y con base en el artículo 1º de dicha ley 128, el Ministerio, luego de revocar la Resolución número 102 de 1940, decidió esto otro:

"2º Hacer saber al General Jorge Martínez Landínez que el Gobierno resuelve pagarle en especie, cediéndole el 45%, proindiviso, de la propiedad de los terrenos reivindicados por él como mandatario de la Nación, según contrato sobre denuncia de bienes ocultos, ya citado, y en el cual se pactó dicho porcentaje como participación para el denunciante... Este reconocimiento comprende el suelo y el subsuelo de los terrenos expresados, con exclusión del suelo en que se hallen mejoras, fundaciones, hatos, haciendas y cañeríos, y de las setecientas ochenta y dos (782) hectáreas, ocho mil ciento cuarenta y dos (8.142) metros cuadrados que no pertenecen a la Nación".

No obstante, el Gobierno, se abstuvo de cumplir lo dispuesto en el punto 2º transcrito por los motivos que expuso en la Resolución número 37 de 27 de enero de 1941, proferida por el Ministerio de Minas y Petróleos, recaída a la solicitud hecha por el nombrado General a fin de que se decidiera sobre las peticiones formuladas por los señores Francisco y Sergio Pombo, María Jiménez Pombo de Gutiérrez, Ana Jiménez Pombo de Pombo y Luis Jiménez Pombo y Ricardo Sar-

miento Alarcón en su calidad de apoderado de Eugenia Otero v. de Pineda López y Francisco Pineda Otero, para que se les tuviera como cesionarios del General Martínez en determinada cuota de la participación y se les hiciera el pago correspondiente.

Alégaba aquél para oponerse a tal reconocimiento dos motivos de orden legal: la inexistencia de la obligación a su cargo, por incumplimiento de los presuntos cesionarios; y la invalidez de las cesiones, por no haberse hecho en la forma prescrita por el artículo 33 de la Ley 57 de 1887.

Mas el Ministerio en Resolución número 37 de que se viene hablando no encontró fundados los reparos formulados por el General, y en la parte dispositiva de ella decidió abstenerse de efectuar el pago de la participación que corresponde al General Martínez L., ni a él ni a quienes se pretenden cesionarios suyos en cuotas de la expresada participación, "mientras no se decida definitivamente por el Organo Judicial sobre la validez o nulidad de las referidas cesiones y de las notificaciones de las mismas a la Nación y no se haya levantado el embargo que pesa actualmente sobre la participación del citado General Martínez L."

Las razones en que se fundó el Ministerio para adoptar tal resolución fueron éstas:

"En el presente negocio, la Nación es el deudor cedido. No obra como entidad de derecho público, sino en su carácter de contratista, esto es, como persona de derecho civil. Es un deudor sin prerrogativas especiales respecto de las cesiones que se le han notificado. No puede, pues, el Gobierno que la representa entrar a juzgar sobre la validez o nulidad de dichas cesiones. La cesión de un crédito no requiere para su perfeccionamiento del consentimiento del deudor. La notificación que se ha de hacer al deudor de acuerdo con el artículo 1960 del Código Civil, tiene por objeto el que la cesión produzca efectos con respecto al deudor y a terceros, pero de ningún modo se exige para que la cesión tenga validez entre el cedente y el cesionario. El Gobierno carece, pues, de facultad para juzgar de la validez o nulidad de las cesiones ya en sí mismas, ya en cuanto a vicios o irregularidades de la notificación. Tal autorización compete privativamente al Organo Judicial. En todo caso, puesto que las partes interesadas están en desacuerdo, este Ministerio, en fuerza de las circunstancias, debe abstenerse de hacer el pago a ninguno de los inte-

resados mientras no se decida por la justicia ordinaria sobre la validez o nulidad de las cesiones y de las notificaciones de ellas, o mientras el presunto cedente no exprese su conformidad con el pago a los que se pretenden cesionarios de parte de su participación, pues, el pago ya al General Martínez L., ya a quienes se pretenden sus cesionarios podría llegar a ser ineficaz en virtud de las sentencias del Organo Judicial, que decidieran las controversias entre el presunto cedente y los que se consideran sus cesionarios, teniendo así la Nación que pagar nuevamente".

Contra esta última providencia ministerial propuso el General Martínez demanda ordinaria ante la Sala Civil de Unica Instancia de esta Corte, juicio que terminó con fallo de 26 de marzo de 1942, en el cual se negaron todas las declaraciones solicitadas por el demandante.

Vale la pena transcribir lo pertinente de dicho fallo, porque el señor Procurador Delegado fundamenta principalmente la defensa de la Nación en las conclusiones a que llegó entonces la Corte para dejar en pie la Resolución acusada. Dice así el fallo en cuestión:

"La demanda se encamina esencialmente a obtener la anulación de la Resolución número 37 de 27 de enero de 1941, citada, con el objeto de que se pueda poner en práctica la ejecutiva número 1181 de 23 de octubre de 1940, mediante el otorgamiento de la escritura de cesión por la Nación al demandante, del cuarenta y cinco por ciento de las tierras de 'Santiago de las Atalayas' y 'Pueblo Viejo de Cusiana'.

"El demandante solicita que, además de la nulidad impetrada, se declare que se halla vigente en todas sus partes la Resolución Ejecutiva premencionada y que "habiendo quedado convenido definitivamente y por mutuo acuerdo entre la Nación y yo la forma como debía verificarse el pago de lo que aquélla me debe por la participación que me corresponde en el bien a que se refiere la Resolución Ejecutiva número 1181 citada en el punto precedente y por obra de lo que en ella se dispuso y de la aceptación que yo hice de lo que en aquélla se decidió, el Gobierno está en la obligación de hacerme el traspaso de la especie cedida, a darme el título legal de dueño y propietario de un 45 por 100 en los terrenos de 'Santiago de las Atalayas' y 'Pueblo Viejo de Cusiana', otorgándome la escritura correspondiente para lo cual se le debe señalar el término de seis días".

Entra en seguida la Corte a historiar los ante-

cedentes de la Resolución ministerial acusada, principiando por transcribir de ésta la relación pormenorizada de las notificaciones que, a solicitud de los presuntos cesionarios y con exhibición de los documentos con cada una acompañados, le fueron hechas al Gobierno de las varias cesiones efectuadas por el General Martínez de cuotas de su expresada participación.

Transcribe igualmente el fallo las razones en qué se basó el Ministerio, y luego de concretar los motivos de ilegitimidad alegados como fundamentales de la acción propuesta, consistente el primero en que "para el demandante, el Ministro de Minas y Petróleos, con la Resolución que se transcribió anteriormente (la número 37), reformó y anuló en sus efectos la dictada por el Presidente de la República número 1181, reviviendo el problema de las cesiones que ésta había dejado resuelto definitivamente", se expresa así el aludido fallo:

"La transcripción anterior acredita perentoriamente que el Gobierno en la resolución ejecutiva número 1181 estuvo lejos de resolver lo relativo a los efectos de las cesiones y del embargo que se le habían notificado. Revocó sí la resolución número 102 de 1940, pero no para desconocer el efecto de aquellas notificaciones y embargo; hizo solo meramente con el alcance de darle entrada a la solicitud del contratista de bienes ocultos, de que el Gobierno escogiera la forma de pago de la participación, cuestión previa a la ejecución misma del pago. De esta suerte, lo que fue materia de la resolución revocada número 102, quedó pendiente sometido a futura decisión. No puede sostenerse entonces que la resolución número 37, dictada posteriormente por el Ministerio de Minas y Petróleos, con el objeto ahora sí de fijar administrativamente la conducta del Estado frente a la notificación de las cesiones y del embargo, modificara o revocara una decisión anterior definitiva sobre el mismo punto; porque la resolución ejecutiva que se indica como reformada versó sobre un problema administrativo fundamentalmente distinto del atañadero a los efectos de las predichas notificaciones y embargo".

Y concluye así esta parte del fallo en cuestión:

"El gobierno de consiguiente estaba en la necesidad de definir su actitud frente a la notificación de las cesiones, resuelta como estaba la cuestión previa de la forma de pago de la participación. Debía, con posterioridad a la resolución número 1181 proveer sobre lo que había sido materia de la número 102 de 1940, revocada con el

fin de definir aquella cuestión previa. Y a ello obedece la providencia gubernamental acusada cuya oportunidad es notoria, encaminada a decidir en qué grado la notificación de las cesiones y del embargo, impide al Estado, deudor, pagar al acreedor ante la pretensión de los cesionarios que se presentan como actuales titulares del crédito.

"En consecuencia, y de acuerdo en esto la Sala con lo sostenido por el señor Procurador, la petición segunda del libelo de demanda de ninguna manera procede. Pídesse allí que como efecto de la nulidad demandada de la resolución número 37 "se declare que se halla vigente en todas sus partes la resolución ejecutiva número 1181, de 23 de octubre de 1940 proferida por el gobierno nacional y aceptada por mí al ser notificado de ella". Está visto que las dos resoluciones en lugar de excluirse se complementan. Cada una crea una situación jurídica diferente. Sus efectos van también por rumbos distintos. Tienen vida propia e independiente. Siendo así no hay inconveniente en que tengan vigencia simultánea".

Dejó así definido esta Corte lo que ella misma consideró como una simple cuestión de carácter administrativo en el litigio planteado por el general Martínez L., sobre nulidad de la Resolución número 37, providencia alegada en favor de la Nación por su representante el Procurador Delegado.

Pasa la Sala en seguida a estudiar el segundo aspecto de la nulidad demandada, con el cual —agrega— "se plantea un problema de derecho común concerniente al valor de las cesiones, de las notificaciones y del embargo". En breve síntesis se exponen allí los principios fundamentales que gobiernan el régimen de la cesión de créditos. Nuevamente se hace referencia a cada una de las cesiones hechas al doctor Agustín A. Jiménez y a los señores Francisco y Sergio Pombo y Francisco Pineda, anotando los documentos en que constan tales cesiones y su respectiva fecha de notificación al Gobierno. Y finalmente, concreta así el fallo ameritado la cuestión de fondo y su solución, a saber:

"Estaba facultado y tenía derecho el Gobierno, a título de deudor, para calificar la legalidad y validez de las cesiones y de sus notificaciones resolviendo por ende la situación conflictiva entre cedente y cesionario ante la cual se encontraba, optando por pagarle al primero más bien que a los segundos conforme lo piensa el actor?

"Nó. Está dicho que el deudor es completamen-

te ajeno a los pactos que se hayan convenido entre el cedente y el cesionario con el fin de perfeccionar la cesión. Es un elemento pasivo que se limita a obedecer la voluntad del cedente contenida en el documento respectivo; y en tal calidad no puede dictaminar sobre la validez del contrato de cesión ni de las notificaciones que hayan recibido. Esas son controversias que deben definirse judicial o extrajudicialmente entre las partes contratantes, cedente y cesionario, y en manera alguna por el deudor, quien como no puede ser obligado a pagar dos veces, solamente debe pagar a aquél de los interesados que haya adquirido una situación jurídica inatacable y perfectamente regular.

"Para que el pago sea válido, dice el artículo 1634 del Código Civil, debe hacerse al acreedor mismo bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito a título singular, o a las demás personas mencionadas en la disposición.

"¿Quién es en el caso del crédito del general Martínez el acreedor? No lo podría determinar esta Sala, porque ello envuelve la decisión de una controversia entre particulares, entre el general Martínez y los pretendidos cesionarios. Menos habría podido decidirlo la Nación deudora, en la resolución acusada, ordenando que se tuviera como acreedor, al general Martínez, basada en la ineficacia de las cesiones y de las notificaciones, con lo cual habría sentenciado sobre cuestiones que no le incumben como deudor.

"Originariamente el demandante general Martínez es el acreedor. Pero antes de que se le haga el pago, varios terceros se presentan ante el deudor y con exhibición de sendos documentos de cesión firmados por el acreedor, le hacen judicialmente la notificación de ellos. El cedente alega que las cesiones son ineficaces, porque los cesionarios faltaron a las obligaciones que con él contrajeron. El deudor, sujeto pasivo de la obligación, carece de poder para zanjar esta dificultad que concierne no a él sino a otros. Para ello tendría que fundarse en que la razón está de parte del cedente o de parte del cesionario. ¿Y con qué derecho lo hace? Si lo hiciera sobreveniría luego el fallo de autoridad competente que desata ese litigio y el deudor quedaría expuesto a ser contradicho y a pagar dos veces. Tampoco el cedente puede alegarle al deudor que la notificación de la cesión es inválida, en razón de no habersele exhibido el documento contentivo del crédito cedido que llevara una expresa nota de

cesión firmada por el cedente. Tal invalidez también está fuera, por la naturaleza de la materia que entraña, del poder de apreciación del deudor...".

Y finaliza así el fallo de que se viene hablando: "El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía". Es cánón del artículo 1634 del Código Civil. El deudor de consiguiente procede válidamente pagándole la deuda al acreedor aparente. De la misma manera, cuando ante él se presentan acreedores con apariencias cada uno de serlo con exclusión de los demás, la más elemental prudencia le aconseja suspender el pago, mientras la justicia decide cuál es el verdadero acreedor. Y fue ésta la cauta actitud que el gobierno asumió en la resolución acusada. Ante el hecho evidente de que el acreedor originario bajo su firma hizo cesión de cuotas de participación en la remuneración que le corresponde como denunciante de un bien oculto de la Nación, y que estas cesiones le fueron notificadas judicialmente a la Nación por los cesionarios, el Estado habría cerrado los ojos a la realidad manifestándose ignorante de esta nueva situación jurídica, la que, cuando menos, hace incierta ante terceros, incluyendo al deudor, la calidad jurídica del general Martínez de poseedor del crédito. El Estado obró correcta y legalmente. No podría ordenar pagarle al general Martínez, habiendo unas cesiones de por medio, sin exponerse a tener que repetir luego el pago en el caso de que a la postre resulte que las cesiones son válidas".

La anterior relación fielmente extractada de los documentos de origen oficial traídos en su oportunidad al presente juicio, contiene la historia de sus antecedentes y con base en aquéllos se ocupa la Sala en proferir el fallo que decida de las peticiones formuladas en la demanda propuesta por el apoderado del general Martínez contra la Nación, representada por el Procurador Delegado.

Se pide, en efecto, que se condene a ésta, en primer término, a cumplir la sentencia de fecha 30 de octubre de 1939, proferida por la Sala Civil de Unica Instancia, así como la promesa de pago hecha por el Gobierno al contratista general Martínez, por Resolución número 1181 de 23 de enero de 1940; y, en segundo lugar, se pide también que si el Gobierno no cumple la referida sentencia dentro del plazo que al efecto se le señala, proceda la Corte a otorgar al actor la res-

pectiva escritura de cesión del 45%, proindiviso, de la propiedad de los terrenos, suelo y subsuelo, reivindicados, conocidos con el nombre de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, situados en Casanare y comprendidos dentro de los linderos y perimetro que se expresan en la diligencia de entrega a la Nación, efectuada el 18 de octubre de 1937, por el Juez del Circuito de Orocué, con exclusión del suelo en que se hallan mejoras, fundaciones, hatos, haciendas, caseríos y de las 782 hectáreas 8.142 metros que no pertenecen a la Nación.

Como hechos fundamentales de su demanda el actor alegó los que en seguida se sintetizan, a saber:

1º El general Martínez celebró con la Nación el contrato de fecha 22 de diciembre de 1928 sobre denuncia de bienes ocultos, referente a los terrenos denominados Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana.

2º La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 30 de octubre de 1939, condenó a la Nación a pagarle al general Martínez el 45 % del valor de tales bienes reivindicados por él para el Estado.

3º Por medio de la Resolución Ejecutiva número 1181 de 23 de octubre de 1940, el Gobierno optó por pagar en especie la participación del 45% que le corresponde al general, según el contrato.

4º No obstante, el Gobierno no ha querido otorgarle al general Martínez la escritura pública del caso, conforme lo dispone el artículo 1º de la ley 128 de 1938, y

5º La sentencia y resolución precitadas están ejecutoriadas, y por lo tanto contra ellas no hay recurso alguno.

El derecho lo funda el demandante en los artículos 473, 549, 550, 551 y 990 y concordantes del C. Judicial; artículo único de la Ley 66 de 1945; y artículos 1602, 1603 y 1605 del C. Civil.

Corrido el traslado al Procurador Delegado en lo Civil, dijo oponerse tanto a la acción deducida en la primera súplica del libelo como al requerimiento demandado en la segunda petición del mismo. Aceptó como ciertos los hechos 1º y 5º, con algunas aclaraciones los marcados con los Nos. 2º y 3º, y negó el hecho 4º porque "el Gobierno no ha pretendido desconocer, ni desconoce la validez y efectos de la Resolución Ejecutiva número 1181 de 23 de octubre de 1940, al abstenerse de otorgar al demandante la escritura de participación del 45 % del valor pericial de Santiago de las

Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, en los términos que expresa el numeral 2º de dicha Resolución.

"La abstención gubernamental en referencia —continúa el Procurador— obedece a que ni el demandante Martínez, por su parte, ni Francisco y Sergio Pombo, por su parte, ni María Jiménez Pombo de Gutiérrez, Ana Jiménez Pombo de Pombo, Luis y Ernesto Jiménez Pombo, por otra parte; ni Eugenia Otero v. de Pineda López y Francisco Pineda Otero, por otra parte —presuntos cesionarios de Jorge Martínez L. en cuotas que en algunos casos dicen relación al 45% aludido, y en otros se refieren a la mitad de dicho porcentaje— han presentado al Ministerio del ramo las copias de las sentencias que hayan decidido sobre la validez o nulidad de sus cesiones y de las notificaciones de las mismas, conforme a la Resolución número 37 de 1941, varias veces mencionada y mantenida en firme por el Órgano Judicial".

Resuelta en forma desfavorable para ellos la solicitud sobre coadyuvancia adhesiva hecha por los apoderados doctores Gabriel Paredes y Ramón Miranda, en representación de los cesionarios que la expresada providencia ministerial menciona; abierto el juicio a pruebas y recogidas las que una y otra parte solicitaron en favor de sus opuestas pretensiones, la Sala considera:

Conviene dejar sentado, en primer término, que no se trata aquí de una acción de condena, como lo afirma el Procurador Delegado, pues si es cierto que en la demanda con que se inició este juicio, pide el apoderado del actor que se condene a la Nación a cumplir un fallo de esta Corte y una Resolución Ejecutiva, dentro de la libertad discrecional que tiene el juzgador para interpretar los términos del libelo, no podría entenderse que el fin perseguido con las súplicas de la demanda es deducir nuevas obligaciones a cargo de la Nación, sino apenas que se le obligue a solucionar las que por virtud de tales fallo y resolución contrajo aquélla con el demandante. En otros términos, que cumpla la obligación de pagar en especie la participación correspondiente al general Martínez, otorgándole la respectiva escritura pública de traspaso del 45% del valor de los bienes recuperados por el Estado, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 9ª del contrato sobre denuncia de bienes ocultos celebrado por el Gobierno con el mismo general, y también con lo dispuesto en las providencias definitivas y ejecutoriadas que el actor invoca.

Ni podría llegarse a distinta conclusión ante los propios términos literales de la segunda súplica, en la cual claramente se expresó que si el Gobierno no cumple las mencionadas providencias dentro del plazo que se le señale al efecto, se proceda por esta Sala de la Corte a otorgar al general Martínez L. la respectiva escritura pública de dación en pago del 45%, proindiviso, de la propiedad sobre el suelo y subsuelo de los terrenos reivindicados.

Se trata, por consiguiente, de poner en función el artículo 1º de la Ley 66 de 1945, incorporado en el Título XXXI, Libro II del Código Judicial, que regula el procedimiento breve y sumario para hacer efectivo el derecho otorgado por el artículo 1610 del C. Civil en cuanto concierne a aquellas obligaciones de hacer que, por referirse a hechos jurídicos personalísimos del deudor y cuya ejecución depende substancialmente de la voluntad de éste, no quedaron comprendidos ni en el artículo 971 ni en el 990 del mismo Código Judicial.

“La historia fidedigna del establecimiento de la Ley 66 citada —dijo esta Sala en auto proferido dentro del presente juicio— produce la convicción de que el Legislador de 1945 se situó en el caso del acreedor a quien interesa que su deudor cumpla con una obligación jurídica como es el otorgamiento de una escritura. En las motivaciones de la Ley 66 se lee:

“Si el deudor —una vez reconvenido judicialmente— sigue renuente al cumplimiento de su obligación, por tratarse de un hecho jurídico y no material, no es posible que los apremios abran la vía del acreedor para ejecutar por sí el hecho debido para que se constriña materialmente al deudor a ejecutarlo. Lo primero sería injurídico; lo segundo, monstruoso. Quedaría al acreedor, como único camino, la autorización del juez para que un tercero firme, a nombre del deudor, la correspondiente escritura (Casación, 21 de noviembre de 1931, XIII, 334, 1ª). Pero esta solución jurisprudencial, que tiene el inconveniente de aplicar a los hechos jurídicos el mismo criterio que a los hechos materiales, además de no ser convincente se presenta como altamente peligrosa en un país como el nuestro, en el cual la falsedad en las escrituras públicas ha llegado a convertirse en una industria organizada por ciertos profesionales del delito, pese a la honorabi-

lidad del correspondiente Notario, que muchas veces es completamente inocente”.

“Eso dijo la ponencia —sigue la Sala— para primer debate en el Senado, y con el ánimo de solucionar la dificultad propuso a la Cámara que se invistiera al juez de una especie de representación legal del deudor —como la establecida en las ventas forzosas (art. 741 del C. C.) para que, con tal carácter, suscribiera él la escritura estipulada a nombre del deudor, constituyendo a éste como obligado, al tenor del título preexistente. La ponencia fue aceptada y no tuvo variaciones el espíritu que la informa durante los debates ocurridos en las Cámaras”.

Realmente, la cuestión propuesta al estudio y decisión de la Sala no es de tal entidad que requiera un examen a fondo de todos los antecedentes del pleito. Basta apenas tener en cuenta que, de acuerdo con lo alegado y probado en el juicio, no es ésta la primera vez que el actor pretende se le otorgue el correspondiente título de propiedad sobre el 45% del suelo y subsuelo de los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana con exclusión de presuntos cesionarios suyos en ese crédito. Ya en anterior ocasión y por la vía administrativa hizo igual solicitud al Ministerio de Minas y Petróleos, con el resultado adverso de que da cuenta la Resolución Nº 37, transcrita en parte al principio de este fallo. El Ministerio se abstuvo de acceder a lo pedido por el general Martínez con muy fundadas razones. No obstante, éste creyó de su deber acudir ante la justicia ordinaria en demanda de nulidad de tal providencia, y la Corte, en el fallo del cual se transcribieron los apartes pertinentes, encontró jurídicos los razonamientos en que se basó la Resolución demandada, y negó todas las declaraciones pedidas por el actor.

El problema planteado aquí es, en el fondo, el mismo. Las partes no discuten —como no discutieron tampoco en aquella oportunidad— si la Nación está obligada, o no, a pagar al contratista demandante, como participación, el 45% de los terrenos reivindicados por él para el Estado, pago que —como es obvio— sólo puede hacerse otorgando la correspondiente escritura pública. Tal obligación, sobra decirlo, está plenamente acreditada en los autos con las copias fehacientes del contrato sobre denuncia de bienes ocultos, de la sentencia, también de esta Corte, fechada el 30 de octubre de 1939, y de la Resolución número 1181, contrato y providencias alegados entre los hechos fundamentales de la acción. La contro-

versia tanto en este pleito como en el que se originó por razón de la demanda de nulidad contra la otra Resolución, o sea, la número 37, gira en torno al derecho que afirma tener el contratista demandante para que se le otorgue la escritura de dación en pago de que se trata, desde luego con prescindencia de los cesionarios del mismo general y cuyas cesiones fueron notificadas judicialmente al Gobierno, derecho ése que el Procurador Delegado le niega, fundado en los motivos que llevaron tanto al Ministerio como a esta Corte a resolver en forma desfavorable igual solicitud del actor hecha en anterior ocasión. Esto es, por cuanto que ni el general Martínez ni los presuntos titulares de cuotas en el crédito cuya efectividad se persigue, "han presentado al Ministerio del ramo las copias de las sentencias que hayan decidido sobre la validez de sus cesiones y de las notificaciones de las mismas".

De los elementos de convicción aportados al juicio, resulta plenamente acreditado para la Sala que la renuencia del Gobierno a otorgar el título de propiedad en las condiciones que pretende el demandante, no obedece a propósito consentido y deliberado por parte del primero de incumplir la obligación que pesa sobre la entidad demandada.

Al contrario, aquella actitud se justifica, hoy más que antes, en presencia del fallo en que esta Sala, con abundancia de razones jurídicas y a las cuales ni siquiera se ha intentado por el apoderado del actor oponer otras que las desvirtúen, decidió definitivamente acerca del derecho que tiene el Gobierno para examinar la capacidad de quien lo requiere, dado que su obligación sólo existe respecto del verdadero acreedor y el Estado no puede, sin incurrir en serias responsabilidades, asumir una conducta descuidada en este sentido. Por ello dijo el fallo ameritado que ante el hecho evidente de las diferencias surgidas con motivo de las cesiones hechas por el Gral. Martínez, era de elemental prudencia suspender el pago mientras la justicia ordinaria resuelve cuál es el verdadero acreedor. Aquí del conocido aforismo "quien paga mal, paga dos veces" y es claro que el Estado no puede correr tal contingencia.

En tales circunstancias no se puede afirmar con fundamento que el Gobierno "no ha querido" otorgar la escritura pública del caso, expresión

aquella con la cual, sin duda, se quiere significar que la entidad demandada se halla en mora de suscribir el respectivo instrumento. Porque si por "mora", en su sentido lato, se entiende el retraso culpable del deudor a cumplir su obligación, en el caso de autos y según lo que se deja expuesto, no es ciertamente al Gobierno a quien puede imputársele tal incumplimiento.

Por lo demás, la situación jurídica de las partes en este juicio —continúa siendo la misma de cuando se profirió el fallo de la Corte tantas veces aludido. Entonces se había pedido por el demandante la nulidad de la providencia en que el Ministerio resolvió no otorgar la escritura de que se trata ni al general Martínez L. ni a los presuntos titulares de cuotas en el crédito de éste, mientras no se presentaran las sentencias que declararan la validez o nulidad de las cesiones efectuadas por el acreedor originario de dicho crédito. La Corte —se repite— falló contra las aspiraciones del demandante, reconociendo así aquella la legalidad de la providencia demandada. Hoy se presenta nuevamente el general Martínez y pide que mediante el procedimiento especial de apremio consagrado por el artículo 1º de la Ley 66 de 1945, se requiera a la Nación para que cumpla lo que ya el Ministerio y la Corte habían resuelto que no podía cumplir mientras por la justicia ordinaria no se decidiera cuál era el verdadero acreedor. Y como a los autos no se ha traído la prueba necesaria para acreditar que el actor es el único titular del crédito en cuestión, y, por ende, que es a él a quien la entidad demandada debe otorgarle el título que reclama exclusivamente para sí, es obvio que la acción no puede prosperar.

No sobra decir, además, ya que el demandante reiteradamente invoca como fundamento de su acción el precepto contenido en el artículo 1º de la Ley 66 citada, que esa norma no consagró reforma alguna respecto de las condiciones o requisitos que deben reunir todas aquellas obligaciones de hacer regladas por dicho estatuto. La naturaleza especial del procedimiento de apremio requiere que aquéllas sean expresas, claras y sobre todo exigibles, pues lo que la reforma del año 45 estableció no es en el fondo sino una acción judicial de requerimiento, la cual sólo es procedente cuando el deudor se constituye en mora de cumplir al tenor de lo dispuesto por el artículo 1610 del C. Civil, y ya está dicho que en el

caso de autos no puede afirmarse fundadamente que la Nación se halle en mora de otorgar el instrumento público en la forma como se ha pedido.

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, declara que no es el caso de acceder a lo solicitado por el gene-

ral Martínez en su demanda de fecha 9 de junio de 1949.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

REQUISITOS PARA LA PROSPERIDAD DE LA ACCION CONSAGRADA POR EL ARTICULO 971 DEL CODIGO CIVIL—EL PROCEDIMIENTO REIVINDICATORIO ES VIABLE TAMBIEN CONTRA EL QUE RETENGA INDEBIDAMENTE UNA COSA A NOMBRE DE OTRO

1—Ninguna disposición legal ordena que se presente una prueba específica de la identidad de la cosa reclamada, lo que enseña que lo que ha de constar, de manera inequívoca, es que el bien cuya entrega se demanda es el mismo que posee el demandado, sobre el principio general probatorio de que todo hecho que se alega en juicio debe aparecer como evidente, acreditado por alguno de los medios establecidos en la ley (art. 593 del C. J.).

2—El procedimiento reivindicatorio es viable también contra el que retenga indebidamente una cosa a nombre de otro, aunque lo haga sin ánimo de dueño, según dice el artículo 971 del C. C.

Las condiciones esenciales para la prosperidad de esta acción, son, pues, las dos siguientes: a) que se tenga una cosa a nombre ajeno, aún sin ánimo de señor y dueño; y b) que se la retenga indebidamente, o sea, sin título legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá diez y nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de 11 de octubre de 1950 "ABSUELVE a la Nación Colombiana de los cargos formulados en la demanda" presentada por Antonio José Barona y Marina Correa de Barona, sentencia contra la cual interpuso el recurso de apelación el apoderado de los actores.

Peticiones de la demanda. Los actores le pidieron al Tribunal Superior de Cali que hiciera tres declaraciones:

Primera, que el lote de terreno descrito en el hecho primero de la demanda es de propiedad de los demandantes;

Segunda, que la Nación está obligada a restituirles dicho lote, inmediatamente después de ejecutoriada la sentencia; y

Tercera, que la Nación está obligada a restituir los frutos percibidos y "los que hubieran podido percibir con mediana diligencia y actividad" si hubieran tenido el lote en su poder, "a partir del mes de noviembre de 1945".

Hechos de la demanda. Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

a) Por escritura 5113, de 21 de noviembre de 1945, de la Notaría 2ª de Bogotá, el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. le vendió a Alejandro Vélez Marulanda y Antonio José Barona el lote de que se trata y cuyos linderos se han situado en la Urbanización de Los Andes, con una superficie de 2.716.228 metros cuadrados y por un valor de \$ 125.000.00.

b) Por escritura 3414, de 2 de diciembre de 1946, Alejandro Vélez Marulanda y su esposa les vendieron a Antonio José Barona y a su esposa, Marina Correa de Barona, el derecho de dominio adquirido por la anterior escritura 5113.

c) Cuando los señores Vélez y Barona adquirieron el lote, en noviembre de 1945, se hallaba ocupado de hecho por el batallón Pichincha, acantonado en Cali, por estar contiguo al cuartel, para patio de ejercicios, sin que el Ministerio de Guerra quisiera entregarlo a sus legítimos dueños, a pesar de sus reclamos.

d) En carta de 4 de marzo de 1946, el Ministerio de Guerra manifiesta que no está interesado en seguir ocupando el lote y declara que ha ordenado la entrega a sus legítimos dueños, lo cual expresa al contestar una propuesta de arrendamiento. Pero ese ofrecimiento no se cumplió.

e) En carta de 20 de noviembre de 1948 se hizo nueva solicitud de entrega, que no fue contestada, así como tampoco fueron realizados los ofrecimientos verbales que al apoderado hizo el Comandante Gustavo Rojas Pinilla.

f) Desde noviembre de 1945 los actores "han estado privados de la posesión del lote de terre-

no de que son legítimos propietarios" y que ha estado ocupado por el batallón Pichincha en forma absoluta, sin que "puedan siquiera entrar a él".

Contestación de la demanda. El Fiscal 1º del Tribunal contestó la demanda diciendo, en síntesis, que no era verdad que el batallón Pichincha hubiera ocupado de hecho el lote, sino que en el año de 1932, con ocasión de la guerra con el Perú, lo había recibido a título gratuito de "Bavaria S. A.", entidad que era la que debía entregarlo, en su caso; que tampoco era exacto que Bavaria hubiera pedido la entrega del inmueble; que "La Nación, como usuaria gratuita, estaba dispuesta a entregar, mediante el lleno de las formalidades de rigor, a quien se le indicara como verdadero dueño"; que la ocupación operante en el momento de la demanda se debe a desidia de los actores, por no haber acudido antes a las autoridades respectivas; que la Nación "no pretende tener derecho ni ser poseedora" y que sólo ha mantenido el uso mientras deciden las autoridades a quién debe entregarse el terreno.

Y termina diciendo:

"No siendo, pues, la Nación Colombiana dueña ni alegando posesión, sino una simple tenencia a nombre de otro que no la ha constreñido para entregar, no caben las peticiones de la demanda".

La sentencia apelada. En Tribunal absuelve a la Nación por dos motivos: el primero, porque los actores no cumplieron con el deber de identificar el terreno que reclaman, y el segundo, porque la parte demandada no es poseedora del mismo.

"Es obligación de quien alega el derecho de dominio sobre un bien raíz —dice en cuanto al primer motivo— presentar al juzgador, no sólo el instrumento escriturario, debidamente inscrito, que le acredite como dueño, sino la prueba plena, inequívoca, acerca de la identidad del bien que reclama como suyo".

La situación de la parte demandada —dice en cuanto al segundo motivo— es de poseedora irregular, desde la fecha en que tuvo conocimiento de que el lote ya no pertenecía al Consorcio. Mas ya se trate de posesión regular, ya de la irregular, se hace indispensable el ánimo de señor o dueño, y es el caso que en la demanda misma se reconoce que el Estado no pretende tener derecho de dominio, ni ningún otro derecho real sobre el terreno que se reclama. Luego —concluye— esa circunstancia de que dicha parte demandada no ocupe el lote con ánimo de dueño

"aniquila la eficacia de la acción reivindicatoria".

Debe ahora resolverse lo que se estime legal, previas las consideraciones sobre el dominio de los actores, la identificación del predio, la situación de la parte demandada y demás que se estimen necesarias.

El dominio de los demandantes. Los actores presentaron las copias de las escrituras públicas antes aludidas, debidamente registradas, con las cuales han acreditado tener derecho de dominio sobre el lote que ahora reivindican.

Aunque no es necesario presentarlo en los juicios de reivindicación, allegaron también el certificado del registrador de instrumentos públicos, con el cual complementan esa prueba de dominio, pues en él consta la vigencia de esos títulos y la calidad de poseedores inscritos por parte de los demandantes.

De otro lado, la Nación no discute en el proceso ni ha alegado con anterioridad, en las actuaciones que precedieron al juicio, el dominio de los actores sobre el terreno, es más, declara que hará la entrega material a quien haga la "presentación de los títulos correspondientes" (f. 11 del c. 1º).

Por tanto, el derecho de dominio de los actores resulta indiscutible.

La identificación del predio, es el primer motivo de absolución de la parte demandada, porque, como dice el fallo en la parte que se dejó transcrita, el reivindicante debe allegar, no sólo instrumentos o escrituras, sino también la prueba plena e inequívoca de la identidad del bien que reclama.

Al respecto observa la Corte que ninguna disposición legal ordena que se presente una prueba específica de la identidad de la cosa reclamada, como parece exigirlo el Tribunal, lo que enseña que lo que ha de constar, de manera inequívoca, es que el bien cuya entrega se demanda es el mismo que posee el demandado, sobre el principio general probatorio de que todo hecho que se alega en juicio debe aparecer como evidente, acreditado por alguno de los medios establecidos en la ley (art. 593 del c. j.).

Los linderos de la demanda son los indicados en las escrituras públicas y en el certificado del registrador que fueron traídos con la demanda.

Además, el Gerente de Bavaria en 1932, dice que fue él quien le dejó al regimiento el lote de la mencionada empresa, "o sea —dice— el mismo determinado en el hecho primero de la demanda, sobre lo cual hago la siguiente aclaración en

relación con los linderos: que lo entregado al general Valderrama en préstamo para alojar la tropa, lo constituían un pabellón que hoy no existe y que estaba recostado contra el cuartel; el gran patio existente entre el mencionado pabellón y el existente hoy que también entró en lo prestado. De manera que dicho lote de terreno no llegaba por el occidente hasta lo que es hoy el trazado de la calle 10, sino que comprendía también la construcción que hoy existe, que queda ubicada entre la diez y la novena en proyecto" (f. 3 del c. 2).

Esta prueba fue robustecida en la segunda instancia con la de inspección ocular, en la cual se confrontaron sobre el terreno los linderos, se hizo su descripción minuciosa y se practicó la mensura o medición del lote "cuidadosamente". También consta en el acta respectiva que las medidas de los frentes resultaron menores que las que se dan en los insertos enviados por la Corte, porque al hacer el cerramiento del predio "los muros que lo circunscriben siguieron los parámetros dados por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio" (f. 11 del c. 4).

De esta suerte, la singularización o identificación del terreno aparece establecida en forma plena o completa.

Situación de la parte demandada. El Tribunal afirma que "la Nación no pretende tener derechos de dominio", que no ha ocupado el lote "con ánimo de dueño" y que ese ánimo, tanto en la posesión regular como en la irregular es indispensable para la prosperidad de la acción reivindicatoria, según los artículos 764 y 770 del código civil.

En cuanto a la acción contra el tenedor, de que habla el artículo 971 del mismo código, parece aceptar el Tribunal, como aplicable al caso, la cita hecha por el señor Fiscal de una jurisprudencia de la Corte, pues en las consideraciones de derecho que hace como propias nada dice el fallo sobre el particular.

Respecto del primer punto tiene que decir la Sala que está de acuerdo con la tesis del Tribunal, puesto que el código civil define la posesión como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño" (art. 762); la distingue de la tenencia en que es ésta la que se tiene o se ejerce sobre un bien, pero "no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño" (art. 775); y ese ánimo debe requerirse, ya sea tratándose de la posesión regular (art. 764), ya sea refiriéndose a la irregular (art. 770).

Tal es el pensar unánime de los comentadores porque, como dice el insuperable Ihering, la posesión no es sino la "exterioridad o visibilidad de la propiedad", esto es, "el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres". De esta suerte, si no se puede concebir la propiedad, sea porque la cosa no puede ser objeto de ella, sea porque la persona no puede ser el sujeto, "el derecho se pondría en contradicción consigo mismo si quisiera proteger provisionalmente la relación exterior de la persona con la cosa, como propiedad de hecho".

Sin embargo, no encuentra la Sala que sea necesario hacer un detenido análisis de la discutida posesión de la parte demandada, según las doctrinas y las pruebas del expediente. Y así procede, porque estima que en realidad el debate se ha trabado desde un principio, a la luz del artículo 971 del código civil, que contempla la situación del demandado que no niega el dominio ajeno, pero no entrega el bien que se le reclama con título legal.

Así, en el hecho tercero se alega que no obstante que el Gobierno fue notificado de la compra del lote, por parte de los actores, no ha sido posible obtener su entrega.

Y en los hechos cuarto a décimo se habla nuevamente de la solicitud de celebración de un contrato sobre el inmueble o de su entrega, para concluir que "La Nación no pretende tener derecho de dominio ni ningún otro derecho real sobre el lote de terreno en cuestión, pero ni lo toma en arrendamiento, ni lo entrega a sus propietarios, ni permite a éstos ejercitar en dicho lote ningún acto de dominio" (Subraya la Sala).

Como el señor Procurador lo explica, el procedimiento reivindicatorio es viable también contra el que retenga indebidamente una cosa a nombre de otro, aunque lo haga sin ánimo de dueño, según dice el artículo 971 citado.

Las condiciones esenciales para la prosperidad de esta acción, son, pues, las dos siguientes: a) que se tenga una cosa a nombre ajeno, aún sin ánimo de señor o dueño; y b) que se la retenga indebidamente, o sea, sin título legal.

Sobre ellas comenta Fernando Vélez:

"Posee a nombre ajeno el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el habitador, el arrendatario, etc. (art. 775). Como el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión (art. 777), si uno de aquéllos, una vez que se extingue su derecho, no quiere entregar la cosa a

su dueño, puede éste establecer acción reivindicatoria contra el usurpador. En este caso el mero tenedor no representa al dueño en juicio contra tercero, sino que pretende impedir el ejercicio del derecho de dominio, y por lo tanto, puede demandársele la devolución de la cosa que retiene indebidamente, así como podría demandarse de un estafador o de quien la hubiese hurtado o robado....

“Según el artículo 971 se necesita que el mero tenedor retenga indebidamente la cosa, para que pueda dirigirse acción reivindicatoria contra él. Luego si en los casos mencionados antes, no se han extinguido la prenda (art. 2417) por pago de la deuda, ni el secuestro (art. 2281), ni el usufructo, ni el arrendamiento, etcétera, es claro que dicha acción podría impedirse alegando la excepción correspondiente. **No es indebida la retención de la cosa, sino luego que no hay derecho legal para que el tenedor de ella se niegue a entregarla a su dueño.** Ese derecho no existe cuando se extingue el principal que la puso en manos del tenedor o los accesorios que provengan de causas especiales” (subraya la Corte). oo

El señor Procurador comenta el caso en estudio de la siguiente manera:

“De autos se desprende que la Nación entró a ocupar el lote gratuitamente en 1932, previo el consentimiento acordado con sus entonces propietarios, y mediante solicitud verbal que a éstos formuló un alto oficial del ejército, para utilizarlo como alojamiento de parte de la tropa que se le había confiado, a raíz del conflicto Colombo peruano. Posteriormente, el batallón Pichincha acantonado en Cali, continuó ocupando el predio en iguales condiciones de gratuidad sin que por el dueño se requiriera la entrega a la Nación.

“De ésta forma y, sin necesidad de aducir razones de otro orden, queda demostrada la buena fe inicial de la Nación al asumir la tenencia de la cosa.

“Sólo a partir del mes de marzo de 1946, época en que el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Guerra, a instancia de sus actuales dueños, según prueba acreditada en autos, manifestó su voluntad de hacer entrega material del predio a quien acreditara su dominio, surge la figura de la retención indebida de la cosa por parte del demandado, como quiera que, a pesar de las gestiones adelantadas entonces por aquellos, no fue posible obtener la anunciada devolución, que reclamaban con pleno derecho.

“En estas condiciones, es forzoso aceptar la

pertinencia del procedimiento que para casos como el presente reconoce el artículo 971 del código civil y uno de esos casos es el juicio que los conyuges Barona-Correa han intentado contra la Nación”.

El fallo que cita el señor Fiscal del Tribunal no es adecuado al problema de que ahora se trata, pues en él se sienta la doctrina de que la acción del mentado precepto no puede dirigirse contra el “mero tenedor en tesis general” e indiscriminadamente” y que no va tampoco contra el principio de que la acción debe dirigirse siempre contra el actual poseedor material del bien. Succedió simplemente que la demandada no era poseedora, sino mera tenedora que señaló como dueños y verdaderos poseedores a otras personas, de lo que resultó que era ella absolutamente ajena a las pretensiones de la parte actora.

En este caso se puede aplicar, ahora sí, lo que el citado fallo dice sobre la aplicación de jurisprudencia. Dice así:

“El recurrente cita varios fallos, que en su entender, establecen la tesis sustentada por él en su recurso. Al estudiarlas se encuentra que no hay tal. Posible es que párrafos aislados de algunas de ellas permitan a primera vista esa interpretación; pero lo indicado para preciasar la doctrina y alcance de cada fallo es tomarlo en su conjunto y, sobre todo, no prescindir de su conexión con las peculiaridades del respectivo asunto, puesto que ellas han de tenerse en cuenta en cuanto condicionan las expresiones, los conceptos y la decisión del sentenciador”.

Prestaciones mutuas. Al detentador de la cosa, en el evento del artículo 971 citado —comenta Vélez— se le aplican las disposiciones relativas a la devolución de aquélla a su dueño, y las relativas a prestaciones mutuas respecto de frutos, deterioros y mejoras de la cosa.

Los demandantes pretenden que se les indemnice lo que hubieran podido percibir desde el mes de noviembre de 1945, en que compraron el lote. Mas, para la Sala, de conformidad con la opinión del señor Procurador, debe tomarse como punto de partida una fecha en que hay certeza de que la parte demandada tuvo conocimiento de que ya no se consentía o toleraba la ocupación por parte de los dueños. Y esa fecha es la del 9 de marzo de 1946, en que el Gobierno contesta a los compradores diciéndoles que ha recibido la carta en que le notifican que han adquirido el lote, que no está interesado “en seguir ocupando el predio antes citado y que se han dado las ór-

denes para que sea desocupado a la mayor brevedad" (f. 11 del c. 1).

Como el Ministerio Público lo anota, no hay razón para condenar a la restitución y las prestaciones antes de constituirse la parte demandada en detentadora indebida de la finca materia del proceso, y sólo en esa fecha se convierte en tal por la no entrega después del primer requerimiento que se le hizo, después de quince años de tenencia.

También debe aceptarse la opinión del señor Procurador en lo referente a la fecha de la entrega del lote a los demandantes, pues de las pruebas de la segunda instancia aparece que el terreno estuvo a su disposición desde el 17 de octubre de 1950, para su cerramiento, según nota del Comandante de la 3ª Brigada, acantonada en Cali (f. 1 del c. 4).

En esa nota se dice al señor Barona que "está en su derecho para iniciar la edificación que intenta" y que "puede proceder al cierre de su lote de terreno"; pero como medidas de seguridad para el batallón Pichincha y sus cuarteles, debe permitir, mientras dure la construcción y en vista de la situación de perturbación del orden público, la vigilancia interior y exterior del lote y entregar duplicados de las llaves que aseguren la construcción.

El señor apoderado de los actores considera como "limitaciones inaceptables" tales exigencias, pero lo cierto es que los demandantes las aceptaron, no sólo por aquiescencia tácita, por haberse llevado a término el cerramiento del terreno, sino por manifestación expresa del apoderado de entonces, quien al pedir el justiprecio de los frutos civiles o prestaciones que la Nación debe pagar a sus demandantes, dice que ese avalúo debe abarcar solamente hasta el 17 de octubre de 1950, fecha en que el señor Comandante de la 3ª Brigada, acantonada en Cali, permitió a los legítimos dueños de dicho lote ocuparlo y ejercitar sobre él actos de dominio como el cierre por medio de paredes, haciendo cesar la ocupación de hecho que venía realizando la Nación" (f. 2 v. del c. 4.) Esto indica que ya aquellas limitaciones desaparecieron, al menos para la época en que expresó lo que se deja transcrito.

El funcionario y los peritos que practicaron la diligencia de inspección ocular para el avalúo de las prestaciones de que se viene hablando, encontraron el lote "encerrado por paredes de ladrillo", lo cual confirma la opinión del señor Procurador, de que las prestaciones a cargo de la

parte demandada deben limitarse al lapso de tiempo comprendido entre el 9 de marzo de 1946 y el 17 de octubre de 1950, fecha esta última en que se entregó a sus propietarios el predio de que se viene hablando.

Según eso, tampoco habrá que condenar a la entrega del inmueble porque ese acto, consecuencia de la declaración de dominio ya está cumplido.

Liquidación de las prestaciones a cargo de la Nación

El concepto de los peritos debe aceptarse en cuanto al valor de las prestaciones a cargo de la Nación, salvo en cuanto a la fecha inicial para el cómputo, según ya se dejó aclarado.

Y debe aceptarse, porque es un dictamen debidamente fundamentado en que el concepto de lo que habrían podido percibir los dueños del lote se funda en su cabida, ubicación, precio comercial en el sitio, interés del capital que representa el valor del terreno y demás circunstancias.

De otro lado, el señor Procurador no hizo observación alguna sobre las bases que les sirven de fundamento a los peritos para sus conclusiones, ni la Sala encuentra razón para desestimarlas.

El concepto o dictamen es del tenor siguiente, en su parte esencial:

"Se trata de un lote de 2.350.00 metros cuadrados en forma de cuadrilátero con frente sobre cuatro vías, una de las cuales está hoy cerrada por el Cuartel. Las condiciones del lote son muy buenas tanto por su situación, especialmente céntrica, como por la regularidad de su topografía y su fácil acceso por los varios frentes.

En la ciudad, los lotes sin edificar o con edificaciones muy rudimentarias que estén convenientemente situados se han venido alquilando ordinariamente entre \$ 0.25 y \$ 0.50 el metro cuadrado por mes, con destino a talleres, depósitos, etc.

De conformidad con esta base o punto de referencia y tomando, dentro de los límites ya dichos, la suma más bien moderada de \$ 0.30 por metro cuadrado, tenemos que el lote (2.350 metros cuadrados) producirá \$ 705.00 por mes.

Así, pues, como del 21 de noviembre de 1945 al 17 de octubre —fecha aquella la de la ocupación y ésta la de la entrega— transcurrieron en meses y decimales de meses 58.87, tenemos —a razón de \$ 705 mensuales— un total de \$ 41.503.35, como producido del referido lote durante el pe-

riodo antes mencionado. Y ésta es la cuantía que fijamos como frutos civiles del inmueble.

Desde otro punto de vista, si consideramos el valor del lote en \$ 282.000.00 (2.350 metros² a \$ 120.00 el metro), tendremos entonces que la suma de \$ 705.00 mensuales, o sea \$ 8.460.00 al año, viene a representar tan sólo un interés del 3% anual), interés bajo, aún tratándose de un terreno sin edificación, pues con obras provisionales de poco costo fácilmente puede reeditar en la forma que hemos expuesto (fls. 12 v. y 13 del cuaderno 4).

De conformidad con ese dictamen, la liquidación es la que corresponde al valor de lo que hubiera producido el predio, del 9 de marzo de 1946 al 17 de octubre de 1950, esto es, en cincuenta y cinco meses y ocho días, a \$ 705.00 mensuales, lo que da un total de \$ 38.963.00.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero.—Es de propiedad exclusiva de los demandantes Antonio José Barona y Marina Correa de Barona, el siguiente lote de terreno, correspondiente a la manzana "C" de la Urbanización "Los Andes", de la ciudad de Cali, con superfi-

cie de 2.716 metros cuadrados con 228 cm. cuadrados, por estos linderos:

Por el Norte, en longitud de 42.18 metros, con la avenida 2ª-A del plano de la Urbanización; por el Oriente, en longitud de 79.05 metros cuadrados, con la calle 10ª-A Norte al medio, con el edificio, del actual Cuartel Militar, de propiedad de la Nación; por el Sur, en longitud de 31.71 metros, con la avenida 2ª, antigua calle Pichincha; y por el Occidente, en longitud de 69.25 metros con la calle 10ª.

Segundo.—No se condena a la Nación a restituir a los demandantes el mismo lote de terreno, por aparecer acreditado en el expediente que dicha entrega ya se realizó.

Tercero.—La Nación está obligada a pagar a los demandantes como valor de los frutos civiles del lote de terreno referido, desde el 9 de marzo de 1946 hasta el 17 de octubre de 1950, la suma de treinta y ocho mil novecientos sesenta y tres pesos (\$ 38.963.00).

Sin costas (artículo 576 del C. J.).

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

ES PRINCIPIO DOMINANTE EN MATERIA DE CADUCIDAD DE CONTRATOS O CONCESIONES ADMINISTRATIVAS, CONFORME A LA LEGISLACION COLOMBIANA, EL DE PERMITIRLE AL CONTRATISTA O CONCESIONARIO DEFENDERSE O EXPLICARSE PREVIAMENTE. — ALCANCE DE LA COMPETENCIA PRIVATIVA ATRIBUIDA A LA CORTE POR EL ART. 40 DEL CODIGO JUDICIAL

1.—Las disposiciones pertinentes del Código de lo Contencioso-Administrativo (artículos 254 y siguientes) no establecen, ciertamente, ningún procedimiento administrativo antes de llegar a la caducidad, limitándose a determinar que ésta debe proferirse mediante resolución motivada del Gobierno, “en la cual se expresarán las causas que dan lugar a ella”. Mas si de la expresión RESOLUCION MOTIVADA ha de deducirse la facultad para el Gobierno de allegar oficialmente las informaciones y pruebas necesarias, no es menos evidente que de nuestra legislación, en lo tocante a ciertos contratos o concesiones administrativas, se desprende a las claras, como principio dominante en materia de caducidades, el de permitirle al contratista o concesionario defenderse o explicarse previamente.

Así, en relación con la caducidad de los contratos o permisos sobre petróleos, dice la parte final del artículo 47 de la Ley 37 de 1931:

“La declaración administrativa de caducidad o la cancelación de permisos no se harán sin que previamente se notifiquen al interesado las causales que se alegan, notificación que se llevará a cabo en la forma que se determine en cada contrato.

“El interesado dispondrá de un término de noventa (90) días, contados desde que quede hecha la notificación respectiva, para que rectifique o subsane las faltas de que se le acusa o formule su defensa”.

Y el Decreto 1382 de 1940, referente a las concesiones para el aprovechamiento de aguas de uso público, reza en su artículo 39 lo siguiente, a propósito de la caducidad de tales concesiones:

“La declaración administrativa de caducidad no se hará sin que previamente se notifique personalmente al interesado de las causales que, a juicio del Ministerio de la Emonomía Nacional, hayan sido violadas; y el interesado dispondrá de un término de quince (15) días hábiles para que rectifique o subsane la falta o faltas de que se le acusa, o formule su defensa”.

De otra parte, como en estos casos no se trata de decidir sobre la resolución o terminación del contrato, precisamente porque la declaración de caducidad es una prerrogativa legal de la administración, ¿cómo se podría enjuiciar dicha declaración si no es a la luz de los propios antecedentes que sirvieron para dictarla? Y siendo esto así, ¿cuál la coyuntura de defensa para el contratista, si ella no se le brinda dentro de la correspondiente actuación administrativa y antes de llegar a la caducidad?

2.—De acuerdo con el artículo 40 del Código Judicial la Corte tiene competencia privativa sólo para conocer “de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona”. En este caso apenas si puede decirse que existe cierta relación entre el contrato con el señor Britton y las actuaciones cuyas denunciadas criminalmente; pero no que los perjuicios de que ahora se trata PROVENGAN o se deriven de dicho contrato.

En estas condiciones, no puede entrar la Corte a resolver la cuestión de perjuicios, pues no siendo el asunto de su privativa competencia, correspóndele conocer de él en primera instancia al respectivo Tribunal Superior, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 76, ordinal 1º, del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El 23 de enero de 1945 el Gobierno Nacional, por conducto del Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública, Sección dependiente del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, celebró un contrato sobre construcción de un hospital antivenéreo en la ciudad de Bucaramanga con el ingeniero doctor Timothy Britton, contrato del cual hacen parte las siguientes cláusulas:

"Cláusula II. Obligaciones generales del Ingeniero Constructor. El Ingeniero Constructor se obliga, bajo su responsabilidad técnica y profesional, a dirigir la construcción íntegra, a base de administración delegada, del edificio para el hospital antivenéreo, en el lote situado entre la carrera 11 (carrera 65) y calle 44 (calle entre calles 85-bis y 96), en frente del parque Romero, en la ciudad de Bucaramanga. Se calcula que el costo total de construcción será alrededor de \$ 59.499.47. Toda la obra será llevada a cabo de acuerdo con lo siguiente:

"1) Los planos firmados en la misma fecha de la firma de este contrato, y titulados Hospital Antivenéreo de Bucaramanga, planchas números 1 hasta 12 inclusive.

"2) Las especificaciones firmadas por las partes con la misma fecha, y que constan de 12 hojas útiles.

"3) Los planos, detalles y especificaciones suplementarios, y las demás instrucciones que le sean suministradas oportunamente por el Servicio.

"Todos los mencionados documentos serán considerados como parte integrante de este contrato.

"El Ingeniero Constructor será responsable de la dirección personal, control e inspección de la obra y de su administración, y ocupará por su propia cuenta el personal técnico y administrativo, para poder cumplir esta obligación de una manera satisfactoria. El Ingeniero Constructor o un jefe competente (y a satisfacción del Servicio), deberá permanecer siempre en la obra mientras dure su ejecución, y éste deberá estar facultado para representar a aquél. El Ingeniero Constructor trabajará estrechamente con el Servicio y colaborará en toda forma posible para la terminación económica y rápida de la obra. La es-

pecificación de los deberes y de las responsabilidades que a continuación se expresan, no implicará una limitación de la responsabilidad general expresada en esta cláusula...

"Cláusula III. Plazo. El Ingeniero Constructor principiará la construcción misma del edificio dentro de los veinte (20) días posteriores a la firma de este contrato. Hará que la obra sea llevada a cabo rápida y satisfactoriamente para poder terminarla y entregarla a satisfacción del Servicio en o antes del 12 de octubre de 1945, y ésta es una de las condiciones esenciales del contrato. Inmediatamente después de la firma del presente contrato, el Ingeniero Constructor y el ingeniero del Servicio acordarán por escrito un programa del desarrollo y proceso de los trabajos que, a juicio de este ingeniero, sea el indicado para terminar la obra durante el plazo convenido. El Contratista realizará el trabajo de conformidad con este programa en cada una de sus fases.

"Cláusula IV. Ingeniero Residente. El Servicio colocará en la obra un Ingeniero Residente permanente, quien representará los intereses del Servicio ante el Ingeniero Constructor, y estará encargado por parte del Servicio, de la interpretación de los planos y especificaciones y de la supervigilancia de la obra, tanto en lo técnico como en lo administrativo. Los materiales y equipos deben comprarse sólo a base de requisiciones firmadas por el Ingeniero Residente, y estarán sujetos a su aprobación, en cuanto a cantidad y calidad. Materiales, equipos y trabajo acabado que no sean de conformidad con los planos y especificaciones y las disposiciones de este contrato, se considerarán como defectuosos. Cada planilla de pagos debe llevar el visto bueno de éste. En todo el Ingeniero Constructor se ceñirá a las reglas y procedimientos administrativos y técnicos que sean establecidos, y a las instrucciones que sean dadas por el Servicio para la obra, ya sea directamente o por medio de su Ingeniero Residente. El Ingeniero Constructor será respaldado por el Servicio en cuanto a actuaciones hechas con aprobación escrita y específica del Ingeniero Residente, siempre que sus facultades en la materia no hayan sido limitadas.

"....."

"Cláusula V. Personal de la obra. El Ingeniero Constructor será responsable de la consecución y dirección de todo el personal necesario para la ejecución de la obra, excepto por la persona o personas que hayan de desempeñar el cargo de Apuntatiempo, Recibidor de Materiales y

Almacénista, los cuales serán empleados directamente por el Servicio y estarán sujetos únicamente al control del mismo. Todo aquel personal será empleado a nombre del Servicio (siendo considerado para los efectos legales como dependiente del Gobierno), y será a satisfacción del mismo en cuanto a capacidades y eficiencia; estará sujeto en la obra al examen médico que el Servicio exija. El Ingeniero Constructor fijará los salarios y sueldos del personal de acuerdo con el Ingeniero Residente, pero siempre dentro del límite máximo de cada clasificación que sea señalada por el Servicio; además, despedirá el personal que no sea satisfactorio al Ingeniero Residente del Servicio. Los sueldos y salarios serán pagados por el Servicio mismo a base de los records de su Apuntatiempo. El Ingeniero Constructor observará todas las leyes sociales y de trabajo que sean aplicables, particularmente en cuanto a las ocho horas de trabajo, y evitará trabajo en las horas extras, excepto en casos de emergencia o con la aprobación previa del Servicio. El pago de prestaciones sociales será por cuenta de la obra. El Ingeniero Constructor se encargará de resolver los problemas que puedan surgir en el personal, y de atender también reclamos relacionados con los trabajos, pero su actuación estará sujeta a la aprobación previa del Servicio, excepto en casos rutinarios y en los cubiertos por pólizas de seguros.

"Cláusula VI. Adquisición de materiales y equipo. El Ingeniero Constructor será responsable del cálculo y registro de los tipos y cantidades de materiales y equipos requeridos para completar la obra, de conformidad con este contrato y los planos y especificaciones, y someterá sus listas y requisiciones a la aprobación del Ingeniero Residente del Servicio. Una vez aprobados por éste, el Ingeniero Constructor comprará y se encargará del transporte de todo el equipo para incorporar en la obra, y de todos los materiales que serán usados en la misma. Los materiales y equipos deberán ser de buena calidad y adecuados para sus respectivos fines, y de conformidad con los planos y especificaciones y las disposiciones legales aplicables. Las compras y la contratación de servicios deberán hacerse de conformidad con buenas prácticas comerciales, y lo más económicamente posible; el precio debe ser razonable, dadas las circunstancias, y en todo caso estará sujeto a la aprobación del Ingeniero Residente del Servicio. No se deberá negociar con firmas o personas que estén en la Lista Negra de los Estados

Unidos de América. Todas las compras serán hechas por el Ingeniero Constructor por parte del Servicio, y serán pagadas directamente por el Pagador de éste, contra comprobantes preparados por el Ingeniero Constructor, y que lleven el visto bueno del Ingeniero Residente del Servicio; sin embargo, el Servicio se reserva el derecho de pedir en cualquier momento que el Ingeniero Constructor verifique pagos, sujetos a reembolso quincenal, de conformidad con los términos de este contrato. Materiales y equipos serán recibidos en la obra por el empleado designado por el Servicio, el cual deberá expedir el recibo correspondiente, pero éste, a no ser el Ingeniero Residente, estará facultado para aprobarlos solamente en cuanto a cantidades y no en cuanto a calidades. Dicho empleado también despachará los materiales del depósito, necesarios para usarse en la obra. El Servicio tendrá el derecho, pero no la obligación, de suministrar para la obra los materiales y equipos que crea convenientes, avisando oportunamente al Ingeniero Constructor en cuanto a su intención, pero el Servicio tendrá que respetar los pedidos y compras ya hechos por el Ingeniero Constructor con la aprobación del Ingeniero residente del Servicio.

"Cláusula VII. Subcontratos. El Ingeniero Constructor podrá celebrar subcontratos para la ejecución de partes de la obra, para el suministro de materiales o para la prestación de servicios, únicamente con la aprobación escrita del Servicio, y siempre bajo su propia responsabilidad. Dado el permiso, debe negociarlos como parte de sus servicios. Tales subcontratos, a menos que el Servicio pida lo contrario, deben ser celebrados a nombre del Ingeniero Constructor, incluirán una cláusula en la que permitan su cesión al Servicio, y deben ser sometidos a éste para su aprobación antes de firmarlos. El Servicio, cuando acepte la cesión de un subcontrato, pagará los trabajos verificados y materiales suministrados en virtud de tal subcontrato, únicamente a base de unidades de trabajo realmente terminadas y de materiales realmente entregados en la obra.

"Cláusula IX. Administración. Como parte de los servicios comprendidos en los honorarios estipulados, el Ingeniero Constructor preparará todas las planillas de pago, el fraccionamiento de moneda para efectos del mismo, los comprobantes, recibos y demás formularios y papeles relacionados con la administración adecuada de la obra y el cumplimiento del contrato (pudiendo confiar en los records del Apuntatiempo del Ser-

vicio y en los recibos de su Recibidor de Materiales); llevará las cuentas y records exigidos por el Servicio, y presentará al Servicio relaciones quincenales de gastos, etc. El Ingeniero Constructor usará los formularios del Servicio, y se ceñirá a los procedimientos y prácticas administrativas que el Servicio indique. El Ingeniero Constructor, por su propia firma o la de su delegado, aprobará todas las planillas, facturas y comprobantes para que sean pagadas, y responderá de su exactitud.

“Cláusula XI. Cambios en la obra. El Servicio tendrá pleno derecho para ordenar por escrito los cambios que crea convenientes o necesarios en los planos y especificaciones para la obra, pero siempre dentro del plano general. Por estos cambios el Servicio no tendrá que reconocer pago extra al Ingeniero Constructor. Sin embargo, si de estos cambios resultare un aumento o una disminución apreciable en el costo de la obra, el consiguiente aumento o disminución no deberá ser incluído al calcular el exceso sobre el total presupuestal o las economías en el mismo, siempre que el Ingeniero Constructor o el Servicio hayan dejado constancia escrita de este probable resultado, dentro de los cinco días después de ordenarse el cambio.

“Cláusula XIV. Honorarios del Ingeniero Constructor. El Servicio pagará al Ingeniero Constructor la suma de cuatro mil seiscientos sesenta y un pesos con veinticinco centavos (\$ 4.661.25) como remuneración de los servicios que se estipulan en este contrato, pero es entendido que este pago estará sujeto al cumplimiento satisfactorio de las obligaciones contraídas por el Ingeniero Constructor. Esta suma representa el 8.5% sobre el total presupuestado, de conformidad con el presupuesto adjunto. El Servicio no le reembolsará al Ingeniero Constructor erogaciones incidentales que se ocasionen para poder suministrar estos servicios, inclusive gastos de movilización, oficina, etc. Los honorarios serán pagados por mensualidades calendarias vencidas, el día 10 del siguiente mes, a partir del día 12 de marzo de 1945. El pago de los honorarios mensuales parciales corresponderá al porcentaje de la obra verificada en el mismo, de acuerdo con la estimación que haga el Ingeniero Residente. Sin embargo el Servicio retendrá el 33% de cada pago, con carácter de garantía. Una vez que la obra haya sido terminada y entregada a satisfacción del Servicio, se calcula-

rá el costo real de ella. Al computar este costo, no se tendrán en cuenta la preparación de los planos y especificaciones, el sueldo del Ingeniero Residente ni los demás gastos de supervigilancia y administración por parte de este último. Si el costo de la obra, liquidado así, sobrepasare el mencionado total presupuestado, entre un 10% y un 19%, el honorario se reducirá hasta un 7% del mencionado total presupuestado, y si lo sobrepasare por 20% o más, se reducirá hasta un 6% sobre el total presupuestado. En cambio, si el costo de la obra resultare inferior al mencionado total presupuestado (siempre que esto no se deba a la verificación de menos unidades de trabajo de lo acordado en el presupuesto), el Ingeniero Constructor tendrá el derecho a una remuneración adicional equivalente a un 30% de la economía. Treinta (30) días después de la entrega y aceptación por parte del Servicio de la obra, de conformidad con este contrato y los documentos complementarios que lo integran, el Servicio pagará al Ingeniero Constructor el saldo que arroje su cuenta. Como condición para recibir el pago final, el Ingeniero Constructor otorgará al Servicio un recibo final o finiquito, evidenciando el pago por todos los servicios que él haya prestado y suministrado, declarando que no tiene reclamo alguno contra el Gobierno de Colombia, el Servicio o su personal, relacionado con el presente contrato o con los trabajos emprendidos en virtud del mismo. También presentará una declaración jurada de que todas las cuentas y reclamos relacionados con la obra (exceptuando aquellos contraídos por el Servicio mismo), han sido pagados o debidamente presentados al Servicio para pagarse.

“Cláusula XV. Prevención de utilidades secretas. El Ingeniero Constructor y sus subalternos, para el cumplimiento de este contrato, no deberán percibir directa o indirectamente utilidad alguna, comisión o rebaja personal en cuanto a compras, la contratación de servicios, etc., fuera de la utilidad estipulada en la cláusula anterior.

“Cláusula XVI. Seguros. El Ingeniero Constructor obtendrá y mantendrá vigentes pólizas de seguros para cubrir reclamos del personal que surjan con relación a la obra, en virtud de las leyes sociales y de trabajo, y también para cubrir daños a terceros en sus personas o bienes, y atenderá todos los detalles administrativos que se relacionan con esta obligación. Estas pólizas deben ser a nombre del Servicio, pero podrán también proteger al Ingeniero Constructor; las compañías

de seguros y las condiciones de las pólizas deben ser a satisfacción del Servicio, y el costo de las primas será pagado por éste.

"Cláusula XVII. Controversias. Todas las controversias relacionadas con este contrato serán definidas en primer lugar por el Director del Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública, y si no se pudiese llegar a ningún arreglo se remitirá el asunto al Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, quien lo decidirá, oído el concepto de los ingenieros del Departamento de Ingeniería Sanitaria de dicho Ministerio.

"Cláusula XIX. Cancelación del contrato. El Gobierno, a petición del Director del Servicio, y sin perjuicio de cualquier otro derecho o recurso del Servicio, podrá declarar caducado administrativamente el presente contrato por medio de resolución del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, por falta de cumplimiento del Ingeniero Constructor a las estipulaciones o a las obligaciones contraídas, por su quiebra judicial declarada o por muerte del mismo. En los dos primeros casos, el contrato quedará resuelto, y el Ingeniero Constructor o su fiador pagará al Servicio la suma estipulada en la cláusula penal.

"Cláusula XXI. Cláusula penal. Se estipula como multa por concepto de demora en la entrega de la obra, de conformidad con este contrato, la suma de quince pesos (\$ 15.00) por cada día de demora. Se estipula como multa en los demás casos, la cantidad de un mil pesos (\$ 1.000.00), la cual el Ingeniero Constructor pagará al Servicio si no justifica legalmente el incumplimiento de las obligaciones contraídas por él en este contrato, pero esta multa será sin perjuicio al derecho de que el Servicio sea indemnizado por pérdidas, daños y perjuicios reales y adicionales que sufra como resultado de tal incumplimiento. En lo que no sea cubierto por las mencionadas pólizas de seguros, el Ingeniero Constructor responderá de los daños que resulten a personas o bienes por culpa suya, o por falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones contraídas por este contrato".

Estando en ejecución el anterior contrato, el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, basándose en "que de acuerdo con informativo levantado por el Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública y con las pruebas que allí obran se ha comprobado que el doctor Britton violó los compromisos a que se obligó de acuerdo con las estipulaciones de las cláusulas 2ª, 4ª, 6ª y otras, e indudablemente está violando

la cláusula 3ª por cuanto el ritmo actual de los trabajos hace presumir que no entregará la obra en la fecha o tiempo estipulados", y considerando además que "con los hechos u omisiones violatorios del contrato hay otros que presentan características de ilícitos penales de cuya existencia y responsabilidad debe decidir la rama jurisdiccional del Poder Público", dictó la Resolución número 64 J. de 19 de septiembre de 1945, por medio de la cual se declaró caducado el contrato de que se viene hablando, se dispuso que el doctor Britton debería pagar la multa de \$ 1.000.00 establecida en la cláusula penal, y se ordenó "poner en conocimiento de la Justicia Ordinaria los hechos que motivaron el incumplimiento del contrato, para que ésta investigue lo que sea del caso y aplique las sanciones correspondientes".

Después el Gobierno, con motivo de haber solicitado el doctor Britton reposición de la providencia ministerial mencionada, dictó la Resolución Ejecutiva número 163 de 10 de octubre de 1945, que reza así:

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales, y considerando:

"Que entre el Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social —Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública— y el doctor Timothy Britton se firmó un contrato sobre construcción del edificio del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga, en el cual se estipuló el derecho del Gobierno de declararlo caducado administrativamente en caso de que el Contratista incumpliera uno o más de los compromisos adquiridos, y el doctor Britton se obligó a pagar en caso de incumplimiento la suma estipulada en la cláusula penal, la garantía de que trata la Cláusula XXII y las demás indemnizaciones a que hubiere lugar;

"Que de acuerdo con el informativo levantado por el Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública y con las pruebas que allí obran se ha comprobado que el doctor Britton violó los compromisos a que se obligó de acuerdo con las cláusulas siguientes:

"Cláusula segunda. Obligaciones generales del Ingeniero Constructor. De acuerdo con lo que dispone esta cláusula el Ingeniero Constructor tiene la obligación de adelantar bajo su responsabilidad técnica y administrativa los trabajos de la obra. En caso de que se ausentara de ésta, debía dejar una persona competente y a satisfacción del Servicio que lo representara. Como el Ingeniero Constructor en ningún momento tuvo representante suyo en la obra y como ha permane-

cido en ella solamente cuarenta y seis días hábiles desde la iniciación de los trabajos hasta la fecha, no solamente ha violado la obligación contraída, sino que podría aseverarse que las deficiencias técnicas y administrativas de que adolece la construcción son consecuencias directas de este incumplimiento, ya que para llevar a término la obra de acuerdo con los planos se necesitan \$ 18.000.00 más del valor presupuestado por el Ingeniero Constructor, que fue de \$ 59.499.47. La suma faltante equivale al 33 % del presupuesto mencionado. La falta de administración y dirección se hacen palpables en el escandaloso aumento del presupuesto, máxime si se tiene en cuenta que el costo de los materiales de construcción, transportes y mano de obra no se han modificado sustancialmente desde la fecha en que se firmó el contrato (23 de enero de 1945) a hoy.

"Cláusula cuarta. **Ingeniero Residente.** Entre las obligaciones del Contratista establecidas en esta cláusula están las de la aplicación y guarda de las normas administrativas del Servicio. Como las compras deben hacerse a base de requisiciones y no se han hecho en esta forma, las normas administrativas del Servicio han sido violadas totalmente. **El requisito de conseguir tres cotizaciones para la adquisición de materiales no se ha cumplido en ningún momento**, ya que dentro de unos mismos lapsos de tiempo y unas mismas circunstancias se han adquirido materiales similares a distintos precios, siempre con perjuicio de la obra, esto se puede observar en los subcontratos celebrados para la compra de arena y ladrillo.

"Cláusula quinta. **Personal de la obra.** El personal contratado no estaba en capacidad de adelantar los trabajos de conformidad con las especificaciones que rigen para la obra, debido a esto su estabilidad y acabado, aun cuando son aceptables, no corresponden al buen deseo que ha animado a la Dirección de hacer obras que por el cumplimiento de estos requisitos se salgan de lo común.

"Cláusula sexta. **Adquisición de materiales y equipos.** De acuerdo con esta cláusula el SERVICIO ha ordenado la ejecución de algunos trabajos que están en los planos y que el Ingeniero Constructor estimaba extras, como en el caso de los guardaescobas y el acabado de la escalera principal. No obstante las disposiciones claras de esta cláusula el Ingeniero Constructor ha efectuado, **sin previa consulta escrita al Servicio, cambios en las especificaciones, haciendo obra de inferior calidad y bajo costo, sin que se le hubiera con-**

sultado tampoco al Servicio previamente su ejecución, ni los cálculos de probabilidades sobre menor costo. Tal es el caso de la instalación eléctrica, la carpintería y los morteros para mampostería de ladrillo en que las especificaciones y los planos han sido violados. El aprovisionamiento de los materiales y equipos ha sido deficiente y la marcha normal de los trabajos se ha entorpecido por falta de aprovisionamiento oportuno. Es de notarse que las buenas prácticas comerciales no se tuvieron en cuenta en ningún momento si se estudia la forma como se adelantaron algunos subcontratos de aprovisionamiento; algunos de estos subcontratos que se adjuntan comprueban el incumplimiento de esta cláusula.

"Cláusula séptima. **Subcontratos.** Se han celebrado subcontratos que dada su cuantía era elemental su previa consulta con las oficinas principales del Servicio, máxime cuando en ellos se establecieron claras violaciones técnicas de los planos y especificaciones. Ninguno de los subcontratos se redactó en la forma establecida en esta cláusula, comprometiendo así en forma peligrosa al SERVICIO. Además el Ingeniero Constructor en ningún momento solicitó del SERVICIO la aprobación escrita para la celebración de tales subcontratos. Estos subcontratos son los siguientes: el de suministro de tablas comunes, cuartones, paralelas (varas de corredor gruesas, varas de clavo) y planchones, firmado el 20 de febrero de 1945; el de suministro de arena lavada, cal apagada y cernida, 50.000 ladrillos de 25 x 13 x 7, 50.000 ladrillos de 26 x 13 x 7, 104 metros lineales de tubería de gres de 4" y 7 metros lineales de tubería de gres de 4", contrato firmado el 4 de febrero; el de la instalación de los servicios sanitarios, firmado el 28 de abril de 1945; el de la obra de carpintería, firmado el 28 de abril de 1945; y el de acabado de la obra del Hospital Antivenéreo, firmado el 23 de agosto.

"Cláusula novena. **Administración.** Según lo dispuesto en esta cláusula, todos los comprobantes y records necesarios para el buen funcionamiento y administración de la obra debían ser hechos por el Contratista y no sólo no los ha elaborado en su totalidad sino que se ha prescindido de los más indispensables y no ha tenido en cuenta para nada las disposiciones fiscales que rigen las construcciones de obras públicas y los reglamentos del Servicio.

"Cláusula quince. **Prevención de utilidades secretas.** El 13 de julio próximo pasado el doctor Britton pidió y obtuvo del Pagador del Servicio

en Bucaramanga un cheque a su nombre por \$ 1.635.00, para comprar 109 m2. de baldosín de porcelana blanco a razón de \$ 15.00 el m2. con destino al hospital antivenéreo. El 16 del mismo mes, en su carácter de contratista de la construcción del hospital y en nombre de éste, pidió y obtuvo que la Interventoría de Precios lo autorizara para comprar el baldosín de porcelana dicho, por medio de la orden de venta número 4194 de fecha 17 de julio que autorizó al Ingeniero Britton para comprar los 109 m2. a razón de \$ 9.00 el m2. en el Almacén de Uribe García Alvarez y Cía. de esta ciudad. El Contratista compró el baldosín por el precio antes indicado como consta de la factura del Almacén en referencia, reteniendo a su favor el saldo de \$ 654.00, procedente de la diferencia entre el precio efectivo de compra y el precio de \$ 15.00 liquidado de acuerdo con el cheque que le entregó el Pagador del Servicio en Bucaramanga. Para justificar esta operación desventajosa para los intereses del Servicio Cooperativo Interamericano, el doctor Britton hizo aparecer como vendedor del baldosín a un señor Ignacio Dávila. Además, hay otra circunstancia que contribuye a demostrar la violación de esta cláusula XV, cual es el hecho de que el doctor Britton no llevó a la obra del hospital el baldosín comprado en Bogotá sino que en la ciudad de Bucaramanga por intermedio de la firma Acevedo Díaz & Cía. compró a nombre del mismo hospital a Jorge Saieh & Cía. 50 cajas de baldosín a \$ 11.00 el m2. y fue este material el que efectivamente llevó a la obra de la construcción materia del contrato.

"Cláusula décimasexta. Seguros. El Ingeniero Constructor canceló las pólizas de seguros antes de terminarse la obra del hospital antivenéreo sin dar aviso al SERVICIO de ese proceder, violando así esta cláusula sobre seguros.

"Cláusula décimaséptima. Controversias. No es el caso de dar aplicación a esta cláusula, por cuanto los motivos que se vienen considerando no son materia de diferencia de pareceres o discusiones que deben dirimirse en los términos previstos en el contrato, sino hechos que fundamentan y justifican la declaratoria de caducidad por incumplimiento del contratista; y

"Que de conformidad con la cláusula XIX del contrato a que se ha hecho referencia, el Gobierno, a petición del Director del Servicio Cooperativo y sin perjuicio de cualquier otro derecho o recurso del SERVICIO, puede declararlo caducado administrativamente por medio de Resolución

del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, por falta de incumplimiento (sic) del Ingeniero Constructor a las estipulaciones o a las obligaciones contraídas. Pero como el artículo 255 del Código Contencioso Administrativo dispone que la caducidad administrativa de los contratos debe ser declarada por el Gobierno, se acata preferentemente el mandato legal no obstante lo dispuesto en el contrato que es ley para las partes contratantes y, como consecuencia de todo lo anterior, RESUELVE:

"Artículo primero. De acuerdo con la cláusula XIX del mismo, declárase caducado administrativamente el contrato celebrado entre el Ingeniero Timothy Britton y el Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública, de este Ministerio, con fecha 23 de enero de 1945.

"Artículo segundo. El Ingeniero Timothy Britton pagará al Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, Sección Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública, la multa de \$ 1.000 moneda corriente establecida en la cláusula penal del contrato dentro de los diez días siguientes a partir de la fecha de esta Resolución.

"Artículo tercero. El Director del Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública deberá poner en conocimiento de la justicia ordinaria el negocio de los 109 metros de baldosín de porcelana para que investigue lo que sea del caso y aplique las sanciones correspondientes.

"Artículo cuarto. El Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, Sección Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública, hará efectiva la garantía de que trata la cláusula XXII del contrato a que se refiere esta Resolución".

Finalmente, habiendo solicitado el señor Britton reposición de la resolución transcrita, el Gobierno la mantuvo por la número 57 de 13 de marzo de 1946, publicada en el "Diario Oficial" número 26.087, de 21 del mismo mes de marzo.

Con tales antecedentes el doctor Carlos H. Pareja, obrando como apoderado del señor Timothy Britton, presentó demanda ordinaria contra la Nación ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, a fin de que, en juicio de única instancia y con audiencia del señor Agente del Ministerio Público, se condene a aquella entidad a pagarle a su poderdante los perjuicios morales y materiales que se le causaron "con el incumplimiento y violación por parte de la Nación y la caducidad infundada que hizo del contrato de 23 de enero de 1945, sobre construcción del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga,

y por el denuncia criminal injusto y temerario que, con pretexto del mismo contrato, dio contra su poderdante".

En su libelo el doctor Pareja, además del contrato y las actuaciones administrativas relacionadas, alegó como hechos los que en seguida pasan a sintetizarse:

a) Inmediatamente después de notificársele la resolución ministerial de caducidad de fecha 19 de septiembre de 1945, a su poderdante se le separó de la dirección de la obra del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga, se le prohibió el acceso a ella y se le impidió cumplir sus propias obligaciones en el contrato, aunque se le retuvieron su equipo de construcción y herramientas, de las cuales siguió aprovechándose el Servicio, hasta el punto de no habersele reintegrado esos bienes (hecho 6°).

2) En ejecución de "dicha ilegal y arbitraria Resolución" (la número 64 J.) se dio denuncia criminal contra el señor Britton, que correspondió al Juez 5° de Instrucción, y se obtuvo orden de captura contra él, que a la sazón se hallaba en Bucaramanga; la cual orden fue cumplida y el señor Britton traído a Bogotá con un detective, donde permaneció detenido e incomunicado en las oficinas de la policía entre el 5 y el 8 de octubre de 1945, en que se le puso en libertad después de concluida la indagatoria (hecho 7°).

3) Para declarar la caducidad del contrato sobre construcción del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga, el Gobierno procedió sin oír previamente al señor Britton y sin darle oportunidad de "justificar legalmente el incumplimiento"; o sea que procedió con prescindencia de lo dispuesto por las cláusulas XVII y XXI del contrato (hechos 4° y 22 al final).

4) El demandante dio cumplimiento estricto a todas sus obligaciones en el contrato y adelantó la obra hasta dejarla terminada, lo que ocurrió alrededor del 15 de septiembre de 1945, con excepción de algunos detalles de ornamentación, y todo ello a pesar de que desde principios de agosto el Servicio demoraba el envío de fondos y a pesar de que se estaba violando el contrato al no pagarle oportunamente su remuneración (hecho 3°).

5) Britton no recibió ninguna participación en la compra de 109 m2. de baldosín inglés que se hizo al señor Ignacio Dávila para el Hospital de Bucaramanga (hecho 14 al final).

6) Los perjuicios causados al señor Britton con las actuaciones del Gobierno fueron: "a) Se le

privó de la remuneración devengada hasta el día en que se le separó de la obra, pues no se le liquidó ni pagó lo devengado por él hasta esa fecha desde la última liquidación, y esos honorarios no se le han pagado todavía a pesar de los repetidos cobros que ha hecho Britton; b) Se impidió, separándolo violentamente de la obra, que cumpliera totalmente el contrato y obtuviera así el saldo final estipulado en el contrato; c) Se le retuvieron, y se le retienen todavía, los honorarios equivalentes al 33% de lo devengado y que podía devengar, que según el contrato era una garantía adicional; d) Como en la obra hubo adiciones y mejoras autorizadas expresa o tácitamente por el Servicio, que implicaban un aumento del costo sobre el cual tenía Britton derecho a porcentaje, no se le han reconocido sus honorarios correspondientes, sin darle explicación, de ninguna clase; e) Como desde principios de agosto... el Servicio, violando el contrato, demoró los giros necesarios para la normal prosecución de los trabajos, y como Britton no podía suspender la obra ni despedir al personal sin causarse a sí mismo y a sus cocontrantes perjuicios mayores, se vio obligado en muchas ocasiones en agosto y septiembre a hacer de su propio bolsillo adquisiciones de materiales y pagos de transportes de elementos para la obra; tales valores, a pesar de estar muchos de ellos expresamente autorizados por el propio señor Young, no se le han reconocido ni pagado, de modo que se le deben. f) Britton..., de acuerdo con el contrato, aportó a la obra equipo de construcción y herramientas, según la lista que forma parte del contrato, y cuyo valor en esa época era de \$ 733.80; tales elementos se le retuvieron por el Servicio, después de haberlo expulsado arbitrariamente de la obra, y no se le han devuelto todavía; el Servicio le debe su valor y el uso indebido que de ellos hizo desde entonces; g) Con el denuncia... se le causaron perjuicios morales subjetivos, que afectaron su reputación personal y profesional, y perjuicios morales objetivados que se tradujeron en pérdida económica, por la restricción de clientela, como en el caso de la licitación de Santander, el desprestigio que lo obligó a desistir de participar en otras obras y por último a cerrar su oficina profesional, aniquilando su carrera; h) Entre otros perjuicios morales y materiales, están los de haber tenido que retirarse de sus cátedras de la Universidad Nacional, por considerar él incompatible el ejercicio de esas cátedras con la interdicción en que lo pusieron sus denunciantes

y más todavía con la captura inicial de que fue objeto; i) Se obligó a Britton, con todos esos procedimientos ilegales e inmorales, a tener que contratar abogados tanto aquí como en Bucaramanga...; y j) Por último, todos esos hechos obligaron a Britton a efectuar gastos a que no estaba obligado, como viajes a Bucaramanga para defenderse y asegurar sus intereses, a permanecer inactivo en Bogotá largo tiempo, defendiéndose de la saña y ataques del Servicio, etc.”.

De la demanda en cuestión se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien al contestarla, a más de referirse a los hechos, propuso la excepción perentoria de prescripción de la acción, “o más exactamente —según expresó— la excepción consistente en que el interesado Britton no promovió la acción dentro del plazo fijado en el artículo 3º de la citada ley 53 de 1909”.

Después se abrió el juicio a pruebas; se practicaron algunas de las pedidas por las partes; y se continuó la tramitación ordenada por la ley: todo hasta llevar el asunto al estado actual, en que sólo resta dictar la decisión definitiva correspondiente, que es a lo que en seguida se procede.

Alcance de la demanda

Teniendo en cuenta que en las peticiones de la demanda del señor Britton se habla de **caducidad infundada** del contrato de enero de 1945, sobre construcción del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga, y además lo que al respecto se dice en los hechos pertinentes del libelo, estima la Sala que propiamente lo que se pretende por el actor es lo siguiente: a) Que se declare infundada o ilegal la Resolución Ejecutiva sobre caducidad del expresado contrato; b) Que en consecuencia se condene a la Nación a pagar al demandante los perjuicios que con esa decisión de caducidad se le causaron; y c) Que se condene igualmente a la Nación a pagar al señor Britton los perjuicios que se le ocasionaron con la denuncia criminal que se puso contra él, por ser injusta y temeraria.

Así pues, dentro de esta natural interpretación de la demanda se ha de solucionar el presente litigio.

La excepción propuesta por la Procuraduría

Según se ha dicho, el señor Procurador Dele-

gado en lo Civil considera que este juicio fue intentado cuando ya habían transcurrido los seis meses de que trata el artículo 3º de la ley 53 de 1909, para promover las acciones civiles que emanen de las resoluciones con carácter definitivo que dicten los Ministros del Despacho Ejecutivo. Pero a esto se observa que la Resolución número 163 de 10 de octubre de 1945, que fue la que en realidad declaró la caducidad del contrato con el señor Britton, sólo vino a quedar en firme cuando se ejecutorió la número 57 de 1946, que lo fue en abril de dicho año (“Diario Oficial” número 26.148, en el cuaderno número 3), y de otra parte que la demanda con que se inició este pleito fue presentada con fecha 19 de septiembre de 1946: todo lo cual quiere decir que no siendo acertada la afirmación de la Procuraduría, resulta innecesario razonar sobre el alcance o eficacia de la ley invocada en respaldo de la excepción propuesta.

La caducidad del contrato y los perjuicios

Al declarar la caducidad del contrato con el señor Britton, ordenándole al propio tiempo pagar la multa de mil pesos (\$ 1.000.00) prevista en la cláusula XXI, el Gobierno alegó que aquél había incumplido varias de sus obligaciones, basándose en información levantada por el Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública.

Pero si el incumplimiento del Ingeniero Constructor se había estipulado como una de las causas para la declaración administrativa de caducidad, ¿podía el Gobierno prescindir de oír previamente al señor Britton, o sea de darle la oportunidad de justificarse o defenderse?

A este respecto las disposiciones pertinentes del Código de lo Contencioso Administrativo (art. 254 y siguientes) no establecen, ciertamente, ningún procedimiento administrativo antes de llegar a la caducidad, limitándose a determinar que ésta debe proferirse mediante resolución motivada del Gobierno, “en la cual se expresarán las causas que dan lugar a ella”. Mas si de la expresión **resolución motivada** ha de deducirse la facultad para el Gobierno de allegar oficiosamente las informaciones y pruebas necesarias, no es menos evidente que de nuestra legislación, en lo tocante a ciertos contratos o concesiones administrativas, se desprende a las claras, como principio dominante en materia de caducidades, el de permitirle al contratista o concesionario defenderse o explicarse previamente.

Así, en relación con la caducidad de los contratos o permisos sobre petróleos, dice la parte final del artículo 47 de la ley 37 de 1931:

"La declaración administrativa de caducidad o la cancelación de permisos no se harán sin que previamente se notifiquen al interesado las causales que se aleguen, notificación que se llevará a cabo en la forma que se determine en cada contrato.

"El interesado dispondrá de un término de noventa (90) días, contados desde que quede hecha la notificación respectiva, para que rectifique o subsane las faltas de que se le acuse o formule su defensa".

Y el Decreto 1382 de 1940, referente a las concesiones para el aprovechamiento de aguas de uso público, reza en su artículo 39 lo siguiente, a propósito de la caducidad de tales concesiones:

"La declaración administrativa de caducidad no se hará sin que previamente se notifique personalmente al interesado de las causales que, a juicio del Ministerio de la Economía Nacional, hayan sido violadas; y el interesado dispondrá de un término de quince (15) días hábiles para que rectifique o subsane la falta o faltas de que se le acuse, o formule su defensa".

Pero además del principio jurídico que de las mencionadas disposiciones y muchas otras se desprende, también en virtud del contrato con el señor Britton ha de llegarse a la misma conclusión, consistente en que el Gobierno no podía prescindir de darle la oportunidad de defenderse o explicarse, antes de proferir su resolución de caducidad.

En efecto, estando estrechamente vinculadas las cláusulas XIX y XXI del contrato, puesto que las multas venían a ser una consecuencia de la caducidad, hay que convenir entonces que al decirse en la última estipulación citada que el Ingeniero Constructor pagaría al Servicio una multa de mil pesos (\$ 1.000.00) "si no justifica legalmente el incumplimiento de las obligaciones contraídas por él en este contrato", era porque tal oportunidad de defensa debía aplicarse también al incumplimiento como causal de caducidad.

De otra parte, como en estos casos no se trata de decidir sobre la resolución o terminación del contrato, precisamente porque la declaración de caducidad es una prerrogativa legal de la administración, ¿cómo se podría enjuiciar dicha declaración si no es a la luz de los propios antecedentes que sirvieron para dictarla? Y siendo esto así, ¿cuál la conyuntura de defensa para el contratista, si ella no se le brinda dentro de la correspondiente actuación administrativa y antes de llegar a la caducidad?

Pero aunque lo dicho es bastante para decla-

rar ilegales las Resoluciones Ejecutivas Nos. 163 de 1945 y 57 de 1946, ya que de su propio texto y de otras pruebas (f. 75 del cuad. N° 2) se desprende que no se oyó previamente al señor Britton antes de caducarle su contrato, la Corte procede sin embargo a examinar los motivos invocados por el Gobierno para fundar su decisión:

1º—El primer motivo alegado consiste en que el Ingeniero Constructor no tuvo en ningún momento representante suyo en la obra durante sus ausencias de Bucaramanga pero como el Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública lo autorizó para dejar en su reemplazo al Sr. Salomón Ackine "durante sus ausencias temporales" (f. 84 del cuad. N° 1), carece indudablemente de valor o significación el expresado motivo, de acuerdo con lo previsto en la cláusula II del contrato.

2º—En cuanto a la violación que se alega de las cláusulas IV, V, VI, VII y IX del contrato, hay que advertir que según la modalidad de éste el Servicio ejercía un estricto control previo sobre toda clase de adquisiciones, subcontratos y desembolsos en general para la obra, por medio de funcionarios directos suyos, como el Ingeniero Residente y el Pagador; que expresamente se estipuló que "el Ingeniero Constructor será respaldado por el Servicio en cuanto a actuaciones hechas con aprobación escrita y específica del Ingeniero Residente", y también que "el Servicio, cuando acepte la cesión de un subcontrato, pagará los trabajos verificados y materiales suministrados en virtud de tal subcontrato a base de unidades de trabajo realmente terminadas y de materiales realmente entregados en la obra"; todo lo cual implica que, en tales condiciones, no puedan aceptarse como incumplimiento del señor Britton los hechos anotados por el Gobierno en relación con las cláusulas citadas, muchos de los cuales hasta carecen de importancia o trascendencia, como aquel de que "el personal contratado no estaba en capacidad de adelantar los trabajos de conformidad con las especificaciones que rigen para la obra, y debido a esto su estabilidad y acabado, aun cuando son aceptables, no corresponden al buen deseo que ha animado a la Dirección de hacer obras que por el cumplimiento de estos requisitos se salgan de lo común".

3º—Respecto de la cancelación de la póliza de seguros "para cumplir reclamos del personal" y posibles "daños a terceros", que efectivamente solicitó y obtuvo el señor Britton, el apoderado de éste explicó al Gobierno, al pedir reposición de la Resolución N° 163 de 1945, que tal cosa tuvo

lugar en el mes de agosto de dicho año, "cuando en la obra no quedaba sino un jornalero a quien cobijaba esta protección"; pero sobre todo, si la póliza de seguros debía estar a nombre del Servicio, quien además pagaba las primas (cláusula XVI), ¿cómo pudo hacerse su cancelación sin ninguna intervención directa o indirecta del mismo Servicio?

4º—Lo que sí resultaba y resulta sospechoso, desde el punto de vista de lo estipulado en la cláusula XV del contrato, es el negocio de baldosín inglés de porcelana a que se refiere la resolución de caducidad dictada por el Gobierno; porque indudablemente es incuestionable que el señor Britton compró para el Hospital al señor Ignacio Dávila, y obtuvo que se le pagaran por el Servicio, 109 metros cuadrados de baldosín inglés a \$ 15.00 cada metro, al paso que pocos días después de esta operación el mismo Ingeniero Constructor, mediante autorización de la Interventoría de Precios, compró otros 109 metros cuadrados de baldosín inglés a razón de \$ 9.00 cada uno, en el almacén de los señores Uribe García Alvaréz & Cía., los cuales pagó personalmente y estaban aparentemente destinados a dicho Hospital. Pero si se tiene en cuenta que el señor Ignacio Dávila afirma, según consta en los documentos remitidos por el Ministerio de Higiene (fs. 73 y 79 del cuad. Nº 3) que él efectivamente convino en mayo de 1945 en cederle 109 metros cuadrados de baldosín al señor Britton a razón de \$ 15.00 c/u, a pesar de que lo necesitaba con relativa urgencia para sus obras, y agregando que Britton se comprometió a devolverle dicha cantidad de baldosín y él a pagarla al precio que comprobare haberlo obtenido, pero que si ese precio era superior a \$ 15.00, la diferencia sería cubierta por Britton, y si era inferior, quedaría a favor de Dávila; y si a lo anterior se añade que el baldosín de porcelana había sido presupuestado para la obra del Hospital de Bucaramanga a \$ 18.00 m2 (f. 109 del cuad. Nº 2), y también que el Servicio Cooperativo Interamericano compró baldosín de porcelana para la construcción del Centro de Higiene de Tunja, el 16 de junio de 1945, a razón de \$ 20.00 cada metro cuadrado (f. 108 del cuad. Nº 3); en tales circunstancias, se repite, no puede llegarse a la plena convicción de que el señor Britton derivara provecho o beneficio personal con motivo de las negociaciones sobre baldosín a que se ha hecho referencia.

En cuanto a los perjuicios causados al deman-

dante a consecuencia de las resoluciones aludidas, la Corte estima lo siguiente:

a) Como al señor Britton se le separó de toda intervención en la obra del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga antes del término fijado para su conclusión (f. 75 del cuad. Nº 2), es preciso reconocerle los honorarios a que hubiera tenido derecho si tal separación no se hubiera llevado a efecto; por lo tanto, a la liquidación respectiva debe procederse teniendo en cuenta que el costo definitivo de la obra fue de \$ 74.705.61 (f. 89 del cuad. Nº 2), suma que no dista mucho de las propias previsiones del Ingeniero Constructor (f. 87 del cuad. Nº 1), y también lo que dispone la cláusula XIV del contrato. De la cantidad que así resulta se descontará la recibida por Britton a cuenta de sus honorarios, que según cuadros del Servicio asciende a \$ 2.087.35 (véase en el cuad. Nº 2).

b) A virtud de lo dicho en esta providencia, no hay lugar a seguirle reteniendo al doctor Britton el 33% de los honorarios que le fueron "liquidados y pagados" hasta el mes de junio de 1945 (f. 76 del cuad. Nº 2), a título de garantía; por lo cual la suma correspondiente deberá devolverse o pagársele separadamente, siempre y cuando que no resulte implícitamente incluida en la liquidación de que trata el punto anterior, y esto porque de las pruebas del proceso no se sabe con seguridad si la retención se le hizo al señor Britton sobre lo pagado, como lo afirma el Ministerio de Higiene, o si simplemente para pagarle sus honorarios parciales se dedujo el porcentaje que debía quedar en poder del Servicio como garantía, como parece que resulta de los cuadros sobre el costo de la obra.

c) También se deberá pagar al doctor Britton un aparato Standard Madison, por valor de \$ 160.00, que el Servicio Cooperativo reconoce fue suministrado por él al Hospital (f. 75 del cuad. Nº 2).

ch) Por último, al doctor Britton deberán entregársele, o en su defecto pagársele, las herramientas de su propiedad de que da cuenta el certificado del Servicio de folio 89 del cuad. Nº 2, que venían empleándose en las obras del Hospital.

No son otros los perjuicios comprobados a que habrá de condenarse a la Nación por el aspecto contractual de que se ha venido hablando; mas esa condenación sólo podrá hacerse en abstracto, por las razones anotadas en relación con las su-

mas retenidas al doctor Britton en calidad de garantía.

Los perjuicios por la denuncia criminal

Pide el demandante que se declare que la Nación es responsable de los perjuicios materiales y morales que se le causaron con la denuncia criminal que contra él dio el Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública, por disposición o mandato del Gobierno; agregando al propio tiempo que ese acto fue "injusto y temerario" y se cumplió "con pretexto del Contrato", aludiendo de este modo a que él versó sobre el negocio de baldosines de que se ha tratado en esta providencia.

Así planteado este aspecto del debate, estima la Corte que carece de competencia para decidirlo en única instancia, pues esa competencia privativa sólo la tiene, de acuerdo con el artículo 40 del Código Judicial, para conocer "de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona". En este caso apenas si puede decirse que existe cierta relación entre el contrato con el señor Britton y las actuaciones suyas denunciadas criminalmente; pero no que los perjuicios de que ahora se trata **proviengan** o se deriven de dicho contrato.

En estas condiciones, no puede entrar la Corte a resolver la cuestión de perjuicios de que se viene hablando, pues no siendo el asunto de su privativa competencia, correspóndele conocer de él en primera instancia al respectivo Tribunal Superior de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 76, ordinal 1º del C. J.

Sobre el particular dijo esta Sala en sentencia de 9 de septiembre de 1946, refiriéndose a un caso que no era tan claro como el actual:

"De manera que, aún 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 cuasicontratos 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 ejecución como tal contrato, etc., y que por lo tanto no ha originado controversia sobre contrato alguno.

"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, cuando quiera 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 de 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". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXI, páginas 282 y 283).

Así pues, en lo tocante a los perjuicios de que se viene tratando, la Corte se limitará a declarar su incompetencia para conocer del asunto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Decláranse infundadas o sin valor las Resoluciones Ejecutivas Nos. 163 de 10 de octubre de 1945 y 57 de 13 de marzo de 1946; resoluciones por las cuales se decretó la caducidad del contrato celebrado con el doctor Timothy Britton para la construcción del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga, al propio tiempo que se dispuso que debía pagar la multa de mil pesos

(\$ 1.000.00) estipulada en la cláusula penal (la XXI).

Segundo. La Nación debe pagar al señor Timothy Britton los perjuicios que se le causaron con la caducidad de su contrato, de acuerdo con las bases o apartes a), b) y c) de esta providencia; y también debe entregarle, o en su defecto pagarle, las herramientas y equipo de que trata el aparte ch); que aparecen relacionados en certificado del Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública, visible al folio 89 del cuad. N° 2.

Siendo necesario, la regulación o determinación

de tales perjuicios se hará por medio del procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J.

Tercero. La Corte declara que carece de competencia para decidir en única instancia sobre los perjuicios que, según la demanda, se le causaron al señor Timothy Britton con motivo de la denuncia criminal que contra él dio el servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública.

Publíquese, cópiese notifíquese.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA — NO PUEDE SER OBJETO DE ESTA EXCEPCION EL DE SI LA PERSONA DEMANDADA ESTA LLAMADA O NO A RESPONDER DE LO QUE SE DEMANDA

Si todo el razonamiento del Procurador Delegado se endereza —según lo entiende la Sala— a demostrar que por tratarse de un acto de administración como lo es el cambio de variación de la línea —que de haber ocurrido debió ser ejecutado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales—, es éste y no la Nación la llamada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda, resulta claro que la excepción propuesta, más que a controvertir la personería adjetiva de quien en el libelo se señala como representante de la Nación demandada, se dirige a desconocer la obligación que se pretende deducir a cargo de ésta, para desplazarla sobre el Consejo, representado en la persona del Administrador General.

En otros términos, el problema así planteado no versa ciertamente sobre cuál es el órgano por cuyo conducto debe en este caso comparecer en juicio la Nación, sino sobre una cuestión de mayor entidad, a saber: contra cuál de los dos —Nación o Consejo administrativo— ha de promoverse la demanda. Y es obvio que ello no podría decidirse mediante los trámites de un simple incidente de excepciones dilatorias, en el que sólo se permite discutir cuestiones relacionadas con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y no aquéllas que se oponen a lo sustancial de la acción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinticinco de febrero de mil novecientos cincuenta y dos.

Con poder especial conferido por las señoras Isabel Melo de Nieto y Beatriz Malo de Brigard, ambas en su calidad de herederos universales de los esposos Arturo Malo O' Leary y Elvira Tanco de Malo, el doctor Luis Eduardo Gacharná

formuló demanda contra la Nación "representada por el señor Procurador de la Nación", para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se haga la siguiente declaración:

"Que la Nación está obligada, previo pago a ella de dos mil setecientos nueve pesos 25/100 m/l. por parte de mis poderdantes, a devolver a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el matrimonio del señor Arturo Malo O' Leary y de la señora Elvira Tanco de Malo la zona de terreno destinada al servicio del Ferrocarril de Zipaquirá, especificada en el artículo 1º de la promesa de contrato celebrada por el Ministro de Fomento señor José Manuel Goenaga G. en nombre del Gobierno Nacional y el señor Arturo Malo O' Leary el 30 de septiembre de 1892, por haberse cambiado la línea del Ferrocarril mencionado tal como se previó en el artículo 4º del mencionado contrato". Expresa el actor a continuación la cabida, ubicación y linderos de la zona en referencia. ◊

Como hechos fundamentales de la demanda se invocaron, entre otros, éstos:

1º—Con fecha 30 de septiembre de 1892 el señor Arturo Malo O' Leary y el Ministro de Fomento, en nombre del Gobierno, suscribieron un contrato de promesa de compraventa, en virtud de la cual el primero se obligó a vender al segundo "una extensión de terreno ocupada por el Ferrocarril de Zipaquirá que mide seis mil setecientos quince metros setenta y cuatro centímetros de largo por once metros de ancho, comprendido el grueso de las paredes divisorias". Y por su parte, el Gobierno se obligó a pagar al promitente vendedor por la zona expresada la suma de dos mil setecientos nueve pesos veinticinco centavos. Además, en el artículo 4º de dicha promesa se convino:

"Artículo 4º—Queda claramente estipulado que si por cualquiera causa fracasare la empresa del ferrocarril de Zipaquirá, o si se hiciere un cambio en la línea del ferrocarril en virtud del cual la carrilera deje de pasar por el predio de Malo O' Leary, éste tiene derecho a que se le devuelva

el terreno materia de este documento, reintegrando previamente al Gobierno el precio recibido”.

“2º—El señor Arturo Malo O’ Leary había hecho entrega real y material del lote prometido en venta con anterioridad a la fecha del contrato...”.

“5º—Según lo expuesto, el señor Arturo Malo O’ Leary cumplió todas las obligaciones a cargo de él que provenían del contrato de promesa de compraventa mencionado en el hecho 1º.

“11º—En 1934 se hizo un cambio en la línea del Ferrocarril de Zipaquirá en virtud del cual la carrilera deja de pasar por el predio cedido por el señor Arturo Malo O’ Leary a la Nación y, sin embargo, la Nación no ha devuelto la zona mencionada”.

“12º—Por lo tanto, la Nación está obligada a devolver a los causahabientes del señor Arturo Malo O’ Leary el terreno materia de este juicio, reintegrando previamente el precio recibido de acuerdo con lo estipulado en el artículo 4º del contrato referido”.

Dentro del término del traslado que de dicha demanda se corrió al Procurador Delegado en lo Civil, opuso éste la excepción dilatoria de inepta demanda prevista en el numeral 2º del artículo 333 del C. Judicial, la que hace consistir en el hecho de que la acción se ha dirigido contra persona distinta de la que conforme a lo dispuesto por la Ley 29 de 1931 y el Decreto Ejecutivo Nº 2645 de 30 de diciembre de 1943 que la reglamenta, está llamada a responder de la cosa que se demanda, esto es, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

El Procurador Delegado expone los fundamentos de su excepción en estos sintetizados términos:

“1º—La Ley 29 de 1931 creó el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, destinado a administrar los ferrocarriles de propiedad de la Nación, no sólo los que entonces estaban en servicio, sino los que en adelante entrarán en explotación y los que pasaran a ser de propiedad nacional. De consiguiente, el Ferrocarril de Zipaquirá quedó bajo la Administración del Consejo, y de haber ocurrido en 1934 la variación de la línea a que se refiere el demandante, el cambio sucedió bajo la expresada administración.

2º—Durante la vigencia del artículo 2º de dicha Ley, según el cual “El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Adminis-

trador General...”; “ejercerá todas sus funciones con una completa independencia” y podrá presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden y ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente o necesaria para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado”, la justicia ordinaria entendió siempre que dicho Administrador estaba investido de la representación activa y pasiva del Consejo en todos los negocios y asuntos propios de esta entidad ante cualquier tribunal o autoridad.

3º—Por medio del Decreto Ejecutivo Nº 1420 de 1943, el Gobierno recortó aquella autonomía del Consejo, al disponer que la dirección y administración de los Ferrocarriles Nacionales correspondía al Poder Ejecutivo, y se ejercía por el Consejo Administrativo de los mismos, por delegación. En virtud de esta disposición, los litigios contra la Nación relacionados con las empresas ferroviarias nacionales se ventilaron con la representación del Ministerio Público.

4º—Posteriormente el Poder Ejecutivo expidió el Decreto Nº 1842 del mismo año, por el cual se tornó al régimen establecido en el artículo 2º de la Ley 29 antes citada. En efecto, allí se dispuso que “La Dirección y Administración de los Ferrocarriles de propiedad de la Nación continuará ejerciéndose por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, de conformidad con las disposiciones legales anteriores al Decreto 1420 de 1943, y sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en el mencionado Decreto”. Y se dispuso, además, que “en todos los asuntos que se relacionan con la Dirección y Administración delegada, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por el Administrador General, tiene la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a ferrocarriles y cables aéreos, ante toda clase de autoridades y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas, de todos los privilegios concedidos a la Nación”.

Es decir, que se mantuvo el régimen de la administración delegada con exclusión de la representación procesal de la Nación, por parte del Ministerio Público, representación que le fue atribuida privativamente al Consejo, por medio de su Administrador General.

5º—Finalmente, por medio del Decreto 2645 también de 1943, hoy vigente, se revivió el régi-

men de autonomía administrativa implantado por la ley 29 de 1931, y en cuanto a representación de la Nación, se conservó el sistema impuesto por el Decreto 1842, señalando al Consejo Administrativo, representado por su Administrador General, como personero de aquélla en lo referente a todos los bienes cuya administración le está confiada (al Consejo) y en forma aún mucho más comprensiva, pues el expresado Decreto apenas se refería a "ferrocarriles nacionales y cables aéreos".

"Por todo lo expuesto —concluye el Procurador Delegado— claramente se ve que la demanda en que me ocupo, al señalar como representante de la Nación demandada al Procurador General de la Nación —quien actúa en juicio civil por medio del Procurador Delegado en lo Civil— y no al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en la persona de su Administrador General, se encaminó contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa que se demanda. Es, pues, inepta, según el artículo 333, numeral 2º, del C. J."

Conviene ante todo hacer constar que dentro del término probatorio del incidente respectivo, el actor pidió la práctica de una inspección ocular con testigos actuarios en la Biblioteca del Ministerio de Obras Públicas, con el fin de que se hiciese un examen de varios documentos existentes allí, relacionados con la adquisición por el Gobierno Nacional, en el año de 1892, de las zonas de terreno necesarias para la construcción del Ferrocarril del Norte.

La diligencia se llevó a efecto y en ella se comprobó que la copia del documento en que se hizo constar la promesa de contrato marcado con el número 60 de 30 de septiembre de 1892, copia acompañada por el actor a su demanda, concuerda en todas y cada una de sus partes con el original hallado en el archivo. Los demás documentos examinados consisten en notas y cartas cruzadas entre el Ministerio de Fomento y el señor Arturo Malo O'Leary, providencias y resoluciones en orden a formalizar la adquisición de los terrenos señalados como necesarios para la carriera, siendo de advertir que —como de autos aparece— la escritura pública respectiva apenas fue firmada por el vendedor.

Concluidos como se encuentran los trámites de este artículo, pasa la Sala a fallarlo, para lo cual se considera:

Es exacto como lo afirma el Procurador excepcionante, que de acuerdo con la Ley 29 de

1931 y el Decreto número 2645 de 1943, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es una persona jurídica autónoma, con facultades omnímodas para ejecutar, independientemente del Estado, todos los actos y celebrar toda clase de contratos atinentes a la administración del patrimonio nacional puesto al cuidado de esa institución, y con la personería sustantiva suficiente para comparecer en juicio, o ante cualquiera autoridad, cuandoquiera que se controvertan derechos u obligaciones originadas en tales actos y contratos.

Pero de allí no es posible concluir con el Procurador Delegado que la demanda de que se trata es inepta, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 333 del C. J., al señalar como representante de la Nación demandada al Procurador, y no al Consejo en la persona de su Administrador General.

Porque si todo el razonamiento del Procurador Delegado se endereza —según lo entiende la Sala— a demostrar que por tratarse de un acto de administración como lo es el cambio o variación de la línea —que de haber ocurrido debió ser ejecutado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles— es éste y no la Nación la llamada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda, resulta claro que la excepción propuesta más que a controvertir la personería adjetiva de quien en el libelo se señala como representante de la Nación demandada, se dirige a desconocer la obligación que se pretende deducir a cargo de ésta para desplazarla sobre el Consejo, representado en la persona del Administrador General.

En otros términos, el problema así planteado no versa ciertamente sobre cuál es el órgano por cuyo conducta debe en este caso comparecer en juicio la Nación, sino sobre una cuestión de mayor entidad, a saber: contra cuál de los dos —Nación o Consejo Administrativo— ha de promoverse la demanda. Y es obvio que ello no podría decidirse mediante los trámites de un simple incidente de excepciones dilatorias, en el que sólo se permite discutir cuestiones relacionadas con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y no "aquéllas que se oponen a lo sustancial de la acción".

Tal ha sido la doctrina constante de la Corte como puede verse de las siguientes transcripciones:

En auto de 12 de noviembre de 1938 dijo esta Sala que "el segundo de los casos en que tiene lugar la excepción de inepta demanda, ocurre

frecuentemente cuando se demanda a una persona en su carácter de representante legal de otra sin serlo, o cuando se demanda a una persona que no tiene capacidad legal para comparecer en juicio.

“La redacción del artículo 333 citado —continúa la Sala— parece dar a entender que existe la excepción dilatoria de inepta demanda cuando la acción se dirige contra una persona que no ha contraído la obligación. Entendida así la disposición aludida, en un simple incidente se fallaría el pleito, pues eso sería resolver el fondo de la cuestión demandada”.

En providencia de 5 de julio de 1926, esta Sala expresó lo siguiente:

“Repetidas veces ha dicho la Corte que la excepción de inepta demanda, en el caso 2º del artículo 467 del Código Judicial (igual al 2º del artículo 333 invocado por el excepcionante), tiene cabida cuando se demanda como representante de otra a una persona que no lo es, y no cuando se pretende con ese remedio dilatorio negar la obligación que se quiere deducir contra el demandado, no negar la calidad jurídica que se le atribuye, como fuente de la obligación que se dirige contra él. Lo que en tal caso se propone no es una excepción dilatoria, sino una perentoria de fondo, pues precisamente el objeto o el fin del pleito es saber si el demandado está obligado o no a la prestación que se le exige, y eso sólo puede decidirse en la sentencia definitiva”.

Finalmente, para no citar más, en auto de 14 de octubre de 1895, la Corte había sentado igual doctrina cuando dijo:

“La falta de personalidad de los litigantes, en cuanto se refiere a su incapacidad absoluta o relativa para comparecer en juicio, es la única que

puede ser objeto de una excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería, o de inepta demanda si se trata del demandado; porque sólo en este caso se puede suspender o mejorar el procedimiento sin oponerse a lo sustancial de la acción, pues si la excepción tiende en alguna manera a extinguir la acción o desvirtuar el derecho que el actor quiere hacer valer contra el demandado, tiene indudablemente el carácter de perentoria y habrá que decidirla en la sentencia definitiva”.

Importa no perder de vista, además, que lo demandado aquí es el cumplimiento de una cláusula contractual alegada por el actor como causa o razón de su derecho para dirigirse contra la Nación, dado que fue ella y no el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, que entonces no existía, la que se obligó a devolver la zona de terreno contratada al realizarse el cambio o variación de la línea férrea. Y si es verdad que el juicio se ha promovido con fundamento también en el hecho de haberse cumplido aquella condición a virtud de un acto de administración del Consejo, no es mediante el trámite de una simple excepción de inepta demanda como puede resolverse el problema de si es la Nación o el Consejo Administrativo quien debe comparecer en el juicio sobre restitución del inmueble.

Por lo expuesto, se declara no probada la excepción dilatoria propuesta por el Procurador Delegado, y se le ordena, en consecuencia, contestar la demanda dentro del término de dos (2) días.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano,
Secretario.

INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE JUICIOS EJECUTIVOS PARA EL PAGO DE PRESTACIONES OFICIALES DERIVADAS DE UNA RELACION DE TRABAJO

Tratándose en este caso de prestaciones oficiales derivadas de una relación de trabajo, la acción ejecutiva deducida por el demandante, no es ya del conocimiento de la justicia ordinaria, sino de la justicia laboral, como se desprende de los artículos 2º y 100 del Código Procesal del Trabajo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiseis (26) de febrero de mil novecientos cincuenta y dos (1952).

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Por auto de veintiocho de febrero de mil novecientos cincuenta, el Tribunal Superior de Cartagena libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento de Bolívar y a favor del doctor Enrique Castillo Jiménez, por la suma de cincuenta y cinco mil ciento treinta y dos pesos con sesenta y ocho centavos (\$ 55.132.68). Sirvieron de recaudo a esta providencia varias resoluciones expedidas por la Caja de Previsión Social del Departamento, sobre reconocimiento de algunas prestaciones debidas a empleados oficiales, ya por concepto de "recompensas por servicios", "auxilios de cesantías", "primas de alimentación" o "servicios médicos", créditos o reconocimientos cedidos todos al demandante.

Posteriormente el Tribunal, con motivo de haber solicitado revocación del mandamiento ejecutivo el apoderado del Departamento, proveyó a lo pedido por auto de veintinueve de enero de mil novecientos cincuenta y uno, en cuya parte resolutive dispuso:

"Primero. Denégase la revocación solicitada;

"Segundo. De conformidad con lo dicho en el punto 5º, aparte II, de esta providencia, reformase así el auto recurrido, en su numeral 2º:

"Librase mandamiento ejecutivo contra el Departamento de Bolívar, representado por el señor Gobernador, a favor del doctor Enrique Castillo Jiménez, para que pague en el momento de la notificación de este auto la suma total de cin-

cuenta y cuatro mil cuatrocientos ochenta y siete pesos con un centavo (\$ 54.487.01).

"Tercero. Concédese en el efecto devolutivo la apelación interpuesta por el apoderado del Departamento..."

Tramitado el recurso de apelación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 502 del C. J., se procede a resolverlo mediante las siguientes consideraciones:

El abogado del Departamento expuso ante el Tribunal diversas razones o argumentos para que se revocara el mandamiento de pago, casi todos relacionados, en fin de cuentas, con la exigibilidad de la obligación u obligaciones demandadas; mas la Corte juzga innecesario ocuparse aquí de esos argumentos, porque tratándose en este caso de prestaciones oficiales derivadas de una relación de trabajo, la acción ejecutiva deducida por el demandante no es ya del conocimiento de la justicia ordinaria sino de la justicia laboral, como se desprende de los artículos 2º y 100 del Código Procesal del Trabajo, que dicen:

"Artículo 2º **Asuntos de que conoce esta jurisdicción.**—La jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo.

"También conocerá de la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo; de los asuntos sobre fuero sindical; de los permisos a menores para ejercitar acciones; de la calificación de huelgas; de la cancelación de personerías, disolución y liquidación de asociaciones profesionales; de las controversias, ejecuciones y recursos que le atribuye la legislación sobre seguro social y de la homologación de laudos arbitrales".

"Artículo 100. **Procedencia de la ejecución.**—Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme.

"....."

Precisamente sobre el alcance de las anterio-

res disposiciones, en lo tocante a ejecución de obligaciones procedentes de relaciones de trabajo, dijo esta Sala de la Corte en providencia de veintisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, refiriéndose a un caso semejante al actual:

“Claramente expresan los textos transcritos que la justicia del trabajo conoce, en materia de juicios ejecutivos, de todas aquellas obligaciones emanadas de una relación de trabajo, expresión ésta cuyo sentido comprende la vinculación que se forma por la sola prestación del trabajo, cualquiera que sea la fuente jurídica de donde proceda. No se puede identificar el concepto de relación de trabajo con el de contrato de trabajo, pues aquella expresión es de un contenido mucho más amplio y nada indica que se quisiera restringir su alcance, como se desprende de la manera reiterada como el Código la emplea en lo tocante a ejecuciones o juicios ejecutivos.

“De esta suerte, las relaciones entre la admi-

nistración pública y sus servidores constituyen verdaderas relaciones de trabajo, y por lo mismo la ejecución que aquí se demanda es del conocimiento de la justicia del trabajo”.

Por las breves consideraciones que preceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia REVOCA el mandamiento ejecutivo librado en este asunto por el Tribunal Superior de Cartagena contra el Departamento de Bolívar y a favor del doctor Enrique Castillo Jiménez, declarando al propio tiempo que de la presente ejecución no le corresponde conocer a la justicia ordinaria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — NO PUEDE PROSPERAR ESTA ACCION CUANDO NO ESTA COMPROBADO QUE EL PREDIO REIVINDICADO ESTA EN POSESION DE LA PARTE DEMANDADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Vicente López Gómez, por medio de apoderado demandó ante el Tribunal Superior de Cali al Departamento del Valle del Cauca, representado por su Gobernador, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"I) Que se condene al Departamento demandado a restituir al señor Vicente López Gómez el lote de terreno urbano que éste adquirió del señor Eugenio Santamaría, por escritura número 879 de 19 de agosto de 1939 de la Notaría 1ª de Cali, ubicado al lado Sur del lote de Los Adoberos, barrio de San Fernando de esta ciudad y delimitado al Norte y Occidente con el lote de Los Adoberos; Oriente con la Avenida Tres de Julio; y Sur, vía pública al medio, con propiedad de Dilia Gualtero de Santamaría.

"II) Que se le condene al citado Departamento a reponer, a su costa, las cercas que deslindaban el predio delimitado en la declaración precedente, del predio denominado de Los Adoberos y cedido por el Municipio de Cali al demandado, para que éste haga el Hospital Departamental, derrocadas por orden del ingeniero contratista de dicha obra oficial, doctor Alfonso Garrido T.

"III) Que, por consecuencia de la declaración precedente, se le condene al demandado a pagarle al demandante la respectiva indemnización de los daños que de la destrucción de las cercas que deslindaban dichos predios se le hubiere originado a éste; y que se regulen dichos daños o perjuicios en la forma prevenida en el artículo 553 del C. Judicial y como ordena el artículo 901 del C. Civil".

Fundó la demanda en los siguientes hechos:

"A) Según los ordinales primero y segundo del certificado de Registro que acompaño, mi mandante adquirió del señor Eugenio Santamaría el

lote de terreno comprendido entre los linderos expresados en la petición I) de este libelo; y éste lo adquirió por prescripción adquisitiva de dominio y declaración judicial de pertenencia, dictada por el Juzgado Cuarto Civil de este Circuito, debidamente registrada; y según los ordinales tercero y quinto del mismo instrumento, dicho predio es propiedad privada de mi mandante.

"B) La buena fe del poseedor inscrito del predio expresado resalta, de haberlo comprado a su verdadero dueño, según certificado expedido por los señores Alcalde y Secretario, de este Municipio, protocolizado por la misma escritura que mi mandante lo adquirió, para que se inserte en cada una de sus copias, número 879 de 19 de agosto de 1939 de la Notaría 1ª de Cali; puesto que en este certificado consta que el vendedor de mi mandante tenía totalmente cercado dicho predio, cuando dicho vendedor señor Santamaría auxilió a los funcionarios expresados, suministrándoles otro lote que tenía con mina de igual calidad para el laboreo de adobe; y la idea de que, para evitar la plaga de zancudos que atraía el laboreo de dicho material en el lote denominado de Los Adoberos, se les notificara a éstos que se trasladaran al otro lote del señor Santamaría que éste suministraba para ello, ubicado en Siloé, para que el Municipio de Cali, por medio de los citados funcionarios y Secretario de Obras Públicas Municipales, cercara dicho lote de Los Adoberos, bajo la sola condición de que el nuevo y más temible colindante respetara las cercas con que dicho auxiliador tenía cercado el predio que éste vendió a mi mandante; auxilio y condición expresados que fueron aceptados y cumplidos, mientras el Municipio poseyó el citado lote de Los Adoberos.

"C) El Municipio de Cali hizo cesión al Departamento del Valle del Cauca de todos los derechos que le correspondan en el citado lote de Los Adoberos, ubicado en el indiviso de Isabel Pérez, a continuación del barrio de San Fernando de esta ciudad, delimitado al Norte con dicho barrio; al Sur con el citado predio del señor Vicente López

Gómez, que fue del señor Eugenio Santamaría; Oriente, en parte con la Avenida Tres de Julio y el predio del citado señor López Gómez; Occidente con terrenos del mismo indiviso de Isabel Pérez.

"D) Dicha cesión de todos los derechos que al Municipio de Cali le correspondan en el citado lote o predio de Los Adoberos, cercado en dicha forma por aquél en dicho indiviso, se otorgó por medio del artículo 14 del Acuerdo número 86 del H. Concejo Municipal de Cali, abril 20 de 1945 y la escritura número 1220 de 15 de junio de 1945 de la Notaría Tercera de este Circuito.

"E) El Departamento del Valle del Cauca, como poseedor inscrito del citado lote o predio de Los Adoberos, está recibiendo actualmente el provecho ilícito y graves perjuicios de mi mandante (sic) resultantes del hecho de que el ingeniero contratista del edificio que, para Hospital Departamental, está construyendo dicho Departamento en el citado predio de Los Adoberos, hizo derrocar las cercas que separaban este predio del de mi mandante, acto éste que anexó de hecho la citada propiedad privada de mi mandante a la expresada obra pública que el Departamento del Valle está haciendo, por medio de la H. Junta constructora de dicho edificio y el ingeniero doctor Alfonso Garrido T., quien hizo derrocar dichas cercas divisorias para convertir los dos predios, delimitados en lo anterior, en uno solo, para dicha obra oficial.

"F) El ánimo de anexas la propiedad privada delimitada en la declaración I) de este libelo, emana del hecho de que a principios del corriente año (1949), en lugar de reponer las cercas que a mano armada hizo derrocar dicho contratista, doctor Garrido T., hizo éste derrocar una tercera cerca que separaba dicha propiedad privada por su lado oriental o Avenida Tres de Julio; y la sustituyó por un murito de pocos centímetros de altura, e idéntico al de dicha obra oficial".

Fundó la acción el demandante en los artículos 785, 901, 952, 971, 2341, 2342, 2344, 2347 y 2352 del C. Civil y Libro Segundo del C. Judicial.

Surtida la tramitación de la primera instancia, el Tribunal desató la litis en sentencia de fecha seis de marzo de mil novecientos cincuenta y uno absolviendo al Departamento demandado de los cargos de la demanda.

El demandante apeló del citado fallo, recurso que le fue concedido. Subieron los autos por este motivo a esta Sala de la Corte y agotada la ri-

tualidad propia de la segunda instancia, se procede a fallar al no observarse causal de nulidad.

Acción

La acción instaurada es la reivindicatoria o de dominio, regulada en el Código Civil en el Título 12, del Libro II, artículos 946 y ss. y la de indemnización de perjuicios materiales cuyo asidero legal se encuentra en los artículos 2341 y ss. del C. C.

Para que dicha acción prospere es necesario que se reúnan las siguientes cuatro condiciones, que se desprenden de las disposiciones contenidas en el Título 12 citado: derecho de dominio en el demandante, posesión en el demandado, cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular y que lo que se reivindique por el actor sea lo mismo que posee el demandado. A continuación se examinarán cada una de las condiciones anotadas y si alguna de ellas falla, la acción necesariamente no prosperará.

1ª condición: derecho de dominio en el demandante

Con la copia debidamente registrada de la escritura número 879 de 19 de agosto de mil novecientos treinta y nueve (1939) de la Notaría 1ª de Cali se acredita, cláusula 2ª: "El otorgante EUGENIO SANTAMARIA S. es poseedor de un lote de terreno, cercado con cercas de alambre de púas, ubicado en el proindiviso de 'Isabel Pérez', en esta jurisdicción comprendido por los siguientes linderos especiales: oriente, con la carretera que de esta ciudad conduce a Jamundí o sea la Avenida Tres (3) de Julio; occidente, con lote de mayor extensión cercado y poseído por el municipio de Cali; sur, con la carretera que conduce a las cabeceras del río Meléndez, predio al medio de propiedad de Dilia Gualtero de Santamaría; norte, con lote del municipio de Cali, antes mencionado, conocido con el nombre de 'Lote de los Adoberos'. El lote así determinado hace parte de la antigua hacienda de 'Isabel Pérez' cuyos linderos generales del proindiviso, llamado con el mismo nombre, son los siguientes..."

Con esta escritura de permuta se acredita que Eugenio Santamaría S. es poseedor del mencionado lote de terreno. Allí no se expresa que Santamaría sea dueño del citado lote. Pero el demandante acompañó a la demanda el certificado

del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circulo de Cali, expedido el 8 de septiembre de 1949 en el que se dice (fl. 1, cuaderno número 1) que Eugenio Santamaría S. adquirió el citado lote por sentencia del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, sobre prescripción adquisitiva de dominio, sentencia que se encuentra debidamente registrada.

Agrega el certificado que dicho registro a favor de Vicente López Gómez se halla vigente.

Con esta aclaración del certificado se acredita la manera como Eugenio Santamaría adquirió el citado lote para luego transferir el dominio, que había adquirido por sentencia definitiva, a favor de Vicente López Gómez por la citada escritura 879 de 19 de agosto de 1939. El Departamento demandado no presentó título alguno que desvirtuara la titulación presentada por el demandante, por lo cual en sentir de la Sala éste ha probado su derecho de dominio sobre el lote.

2ª condición: Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular

De la escritura 879 citada y de las peticiones de la demanda se deduce que lo que se trata de reivindicar es una cosa singular. En efecto, se trata de un inmueble cuyos linderos corresponden a los mencionados en la escritura de adquisición del demandante. Luego la segunda condición del dominio se ha cumplido por el actor.

3ª y 4ª condiciones

Con el fin de comprobar la tercera y cuarta condiciones del dominio o sea la posesión material del lote de terreno en el demandado y la identificación de dicho lote, se llevó a cabo una diligencia de inspección ocular en asocio de peritos al lote en cuestión por comisión conferida por esta Sala de la Corte en la segunda instancia del juicio, comisión cumplida por el Tribunal Superior de Cali.

Los peritos que rindieron su dictamen pericial en tiempo oportuno y que aparece a folios 23 a 25 del cuaderno número 7 refiriéndose a la identificación del predio materia del litigio, dicen (f. 24 v.): "a) En nuestro concepto sí existe un lote identificable entre las dos vías públicas y la línea

imaginaria P. P. y B. P., mas no equivalen (el uno situado al sur de dicha línea y el otro al norte de la misma), a los dos a que se refiere el certificado del Alcalde, escritura 879". De acuerdo con lo expresado por el Alcalde en su certificación el "pequeño lote" no quedó perfectamente identificado, ni con base en dicha certificación es identificable. Para que un lote sea **perfectamente identificable** se requiere que al propio tiempo, se pueda establecer su situación y sus linderos. La **situación** del "pequeño lote" si es identificable como que está perfectamente establecida en la esquina suroeste del predio total, esquina formada por la intercepción (sic) de la avenida tres de julio con la carretera Siloé. No hay dato alguno, ni prueba testimonial aducida para determinar la longitud de los linderos por el Sur, sobre la carretera, ni por el Oriente sobre la avenida tres de julio. Presentamos como presunción, digna de tenerse en cuenta, que la estaca E. reconocida durante la diligencia (véase plano) situada a veintinueve metros con ochenta y dos centímetros del murete de ladrillo a que se ha hecho mención, fue colocada allí para determinar un lindero común al predio del Hospital y al "pequeño lote". No hay dato alguno (dimensión o vestigios de cercas) que permita presumir siquiera cuáles fueron los linderos del "pequeño lote" por el Norte y por el Occidente".

Bastan las anteriores consideraciones de los peritos para llegar a la conclusión de que el lote no fue identificado, como ellos lo dicen, dictamen que por no haber sido objetado y por tratarse de un peritazgo explicado, uniforme y debidamente fundamentado de dos peritos al tenor del artículo 722 del C. J. hace plena prueba. Esta conclusión la corrobora el acta de la diligencia de inspección ocular que al folio 17 del cuaderno número 7 expresa que los linderos norte y occidental del predio quedaron indeterminados por cuanto no pudieron precisarse en la diligencia.

Y si el lote no fue identificado, tampoco se puede establecer que lo esté poseyendo el Departamento demandado, fallando así en esta forma las otras dos condiciones del dominio, lo que comporta el fracaso de la acción principal.

No habiéndose probado la ocupación del predio del demandante por parte del Departamento demandado, es claro que ninguna clase de perjuicios materiales pueden deducirse como ocasionados al

actor. Además, de las constancias procesales no se desprende tampoco que se hayan ocasionado perjuicios al demandante.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CONFIRMA la sentencia apelada.

No se hace condenación en costas en la segunda instancia.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.



EXCEPCION DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA ADJETIVA DE LA PARTE DEMANDANTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintinueve (29) de febrero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro del presente juicio ordinario promovido ante el Tribunal Superior de Medellín contra la Nación y el Departamento de Antioquia, los representantes de estas entidades propusieron por separado la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería en el apoderado de la parte actora, respecto de las demandantes Tulia López L., y Carmen López L. haciendo consistir su excepción en el hecho de que el poder conferido al doctor Adán Betancur Gallego por las expresadas demandantes (f. 105 del cuad. Número 1), aparece con la firma "Carmen y Tulia López L", que se observa fue escrita por una misma persona.

A esto contestó el apoderado de los demandantes doctor Betancur Gallego, al descorrer el respectivo traslado, que la excepción de que se trata fue propuesta extemporáneamente, así por el Fiscal 2º del Tribunal como por el Gobernador del Departamento de Antioquia, y además que las señoritas Tulia y Carmen López L., una vez sabedoras de los hechos exceptivos alegados, se apresuraron a conferirle nuevo poder en debida forma, ratificando al propio tiempo toda la actuación anterior.

Finalmente el Tribunal desató el incidente por providencia de fecha quince de junio de mil novecientos cincuenta y uno, por la cual declaró no probada la excepción dilatoria en referencia, dando como razón o fundamento que la irregularidad inicial en la personería del apoderado había quedado subsanada con el memorial que obra al folio 4 del cuad. Nº 3, ya que por dicho memorial, firmado y presentado personalmente por las señoritas Tulia López L. y Carmen López L., éstas no sólo le otorgaron nuevo poder para el juicio al doctor Betancur Gallego, sino que a la vez le ratificaron su gestión anterior.

Apelado el auto en cuestión por la parte de-

mandada, y agotados ante esta Sala los trámites previstos por el artículo 502 del C. J., se procede a resolver el recurso mediante las siguientes consideraciones:

Propiamente no puede decirse que la excepción dilatoria propuesta tanto por el señor Fiscal 2º del Tribunal como por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, lo fuera extemporáneamente. En realidad, al señor Fiscal se le notificó el auto admisorio de la demanda y se le dio traslado de ésta el 21 de febrero de 1951, al paso que su memorial de excepciones es de fecha del siguiente día. A su turno, la notificación y traslado de la demanda se le hizo al señor Gobernador el 6 de abril del año citado, y éste propuso su excepción el 12 del mismo mes. Pero aunque esto es así, la Corte no puede menos de llamar la atención al Secretario del Tribunal de Medellín sobre la forma descuidada como aparecen hechas las notificaciones de que se viene hablando, que rezan como sigue:

"En dos de diciembre de mil novecientos cincuenta notifiqué al señor Fiscal del Tribunal (Repartimiento) la demanda fechada el 21 de octubre último, sus correcciones y el auto anterior, admisorio de ella, le puse de presente los documentos acompañados, y le entrego el expediente por el término de diez días en traslado. En constancia firma, recibiendo el expediente. **Firmo el 21 de febrero de 1951. Luis Arcila Ramírez.** (f. 3 v. del cuad. Nº 3).

"El seis de marzo de mil onvecientos cincuenta y uno notifiqué al señor Gobernador del Departamento de Antioquia la demanda ordinaria fechada el treinta y uno de octubre último, sus correcciones y el auto admisorio de ella, le pongo de presente los documentos acompañados a ella y le entrego el expediente en traslado por el término de diez días. Enterado firma, recibiendo el traslado. **Suscribo la notificación en seis (6) de abril de mil novecientos cincuenta y uno. Braulio Mejía.** Gobernador. Gartner. (fs. 4 v. y 5 del cuad. Nº 3)".

No se justifica en ningún sentido que en el encabezamiento de estas diligencias aparezca una

fecha que no corresponde a la en que se hicieron realmente las notificaciones personales.

Por lo demás, las razones que da el Tribunal para llegar a la conclusión de que no puede prosperar la excepción de ilegitimidad de la personería son perfectamente fundadas, como lo reconoce ante la Corte el propio señor Procurador Delegado en lo Civil, quien expresa en sus alegaciones que "si la finalidad del medio exceptivo dilatorio no es otra que suspender o mejorar la tramitación del juicio, en orden a enderezar el procedimiento mal encaminado, la decisión apelada en el caso que se estudia es inquebrantable, comoquiera que a tiempo de su pronunciamiento ya estaba enmendada la deficiencia procedimental que originó la excepción aludida".

Y es que si las señoritas Tulia López L. y Carmen López L. ratificaron todo lo actuado a su nombre por el doctor Betancur Gallego, confiéndole al propio tiempo nuevo poder en debida forma (f. 4 del cuad. N° 3), con esas manifestaciones quedó efectivamente cubierta o subsanada la irregularidad inicial en la representación del

apoderado: ya porque el artículo 332 del C. J. establece que la excepción de ilegitimidad de la personería ocurre... "respecto del apoderado y demás personas que gestionan a nombre de otras para que acrediten su representación"; ya también y de modo principal porque el artículo 450 agrega que no hay nulidad por ilegitimidad de personería... "cuando, aunque el poder no sea bastante, la parte interesada o algún apoderado o representante legal suyo ratifica lo actuado", disposición ésta que por razón de analogía hay que aceptar como pertinente en el presente caso.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA la providencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín con fecha quince (15) de junio de mil novecientos cincuenta y uno (1951), relacionada con la excepción dilatoria propuesta por los representantes de las entidades demandadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

	Págs.		Págs.
SALA PLENA			
Se deplora el fallecimiento del doctor Augusto N. Samper.—Texto de la resolución aprobada por la Sala Plena de la Corte, en sesión del día 17 de enero de 1952	1	ble avaluado en conjunto tiene sectores que, por, sus circunstancias especiales, representan distinto valor.—Las reglas del artículo 1394 del Código Civil no son normas imperativas, sino preceptos flexibles que han de servir únicamente para guiar el criterio del partidor.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio de sucesión de Tiburcio Aurelio Ortiz, y por medio de la cual declaró que “no era la oportunidad de hacer objeciones” al segundo trabajo de partición, “distintas a las expuestas en la primera partición”, objeciones propuestas por el apoderado de la heredera María Tulia Ortiz de Díaz.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez	8
Demanda de nulidad de la elección de Magistrados de los Tribunales Seccionales de lo Contencioso-Administrativo.—Niega la Corte las peticiones formuladas en la demanda de nulidad de la elección de Magistrados de lo Contencioso-Administrativo, realizada por el Consejo de Estado el 18 de julio de 1950, demanda presentada por el doctor Gilberto Moreno. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas	2	Acción de resolución de un contrato de compraventa.—Mientras esté en vigencia el contrato y vivo el crédito, el vendedor tiene el derecho de opción para demandar la resolución del contrato o el pago del dinero que se le quedó debiendo por venta de un inmueble; pero solicitada la resolución del contrato y absuelto el comprador, después de cubiertos todos los recursos procedimentales en que se examinó el fondo del asunto, no puede intentarse la acción de cobro de lo debido, porque ya se hizo uso del derecho alternativo que la ley autoriza.—La acción resolutoria es indivisible y no puede ejercerse por uno o más herederos del vendedor, en su favor exclusivo, dejando por fuera a los otros herederos.—Casación por errónea apreciación de indicios.—En el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado, por Julia Restrepo de Peláez y otros, contra José Miguel Ocampo y otros, se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira.—Magistrado ponente, doctor Gerardo Arias Mejía	19
Se deplora el fallecimiento del doctor Marceliano Pulido R.—Texto de la resolución aprobada por la Corte en sesión de la Sala Plena, del día 14 de febrero de 1952 ...	7		
Deplora la Corte el fallecimiento del doctor Carlos Lozano y Lozano.—Texto de la resolución que la Corte aprobó en la sesión de la Sala Plena, del día 14 de febrero de 1952	7		
Se deplora el fallecimiento del doctor Jesús Antonio Hoyos.—Texto de la moción aprobada por la Sala Plena de la Corte, el día 28 de febrero de 1952	7		
SALA DE CASACION CIVIL			
Quando el primer trabajo de partición se ordenó rehacerlo, por haber sido extemporánea su presentación, pueden proponerse objeciones contra el segundo.—El partidor no puede dividir materialmente el inmueble, si de la diligencia de inventarios y avalúos o a juicio del mismo, aparece que el inmue-			

Págs.

Págs.

Cuándo es necesario llevar al juicio los certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.—Error de derecho en la apreciación de pruebas.—Apreciación conjunta de los medios probatorios que obran en el juicio.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario sobre que un determinado fundo no debe servidumbre de tránsito de ninguna especie a otro inmueble también determinado, seguido por Eduardo Echeverri M. contra Valentina Peláez de Vélez.—Magistrado ponente, doctor Pablo Emilio Manotas 33

Acción de nulidad de un contrato de renta vitalicia.—El registro que se haga con posterioridad al fallecimiento de la persona de cuya existencia pende la duración de la renta, no convalida este contrato que, por ministerio de la ley, ya había devenido nulo.—La errónea interpretación de un contrato configura error de hecho.—En el juicio ordinario que siguieron sobre el objeto expresado, Alejandro Ospina y Jorge Ignacio Gómez Moreno, en su condición de representantes de la sucesión del Presbítero Alejandro Ospina Ríos, contra la Comunidad o Congregación de Padres Lazaristas en Colombia, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 40

Acción reivindicatoria.—Posesión de mala fe.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado, siguió Clímaco Naranjo contra Antonio Cerón.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez 45

La firma del secretario no constituye una formalidad esencial a la existencia jurídica del acto, susceptible de afectar los límites de la competencia absoluta.—Su falta puede ser suplida por la aceptación expresa o tácita de las partes en cuyo interés se estableció, cuando a través de la notificación válidamente hecha, lo consienten, o dejan vencer el término de la ejecutoria, sin presentar

reclamo alguno contra él.—La identidad existente en el sentido gramatical de las palabras donar y regalar, no tiene modificación alguna en el campo de la ley.—No casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario que Andrés Umaña Lara siguió contra su esposa, Elisa Rojas de Umaña, para que se declare que la compra de un determinado inmueble, realizada por la demandada, lo fue en su carácter de representante del demandante y, en consecuencia, la propiedad del mencionado inmueble pertenece a aquél y no a la demandada.—Magistrado ponente, doctor Rodríguez Peña 54

No se pueden confundir el contrato que consta por escrito, con el principio de prueba por escrito.—Técnica de casación.—Violación de la ley, por errónea apreciación de pruebas.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio que Joaquín E. Pérez siguió contra Antonio J. Trujillo, sobre la obligación del demandado de restituir a aquél un camión que le había entregado para su explotación y de rendir las cuentas respectivas.—Magistrado ponente, doctor Pablo Emilio Manotas 62

Recurso de hecho.—El verdadero motivo de duda acerca de la cuantía necesaria para la procedencia del recurso de casación, ha de provenir de las probanzas aducidas al informativo.—La Corte declara legalmente negado el recurso de casación que la parte demandante interpuso contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario seguido por Miguel Mafla Ch., en favor de la sucesión de Calixto Mafla, y contra el Presbítero Manuel Antonio Hormanza.—Magistrado ponente, doctor Rodríguez Peña 69

Acción declarativa de la inexistencia de un contrato de sociedad colectiva civil — El perfeccionamiento del contrato de esta clase de sociedad, no requiere escritura pública y, por tanto, si se hace constar en docu-

Págs.

Págs.

mento público, éste sólo deberá registrarse en el libro número 2º de la respectiva oficina.—Cosa distinta es que si se ha convenido el traspaso de inmuebles a título de aporte, el contrato de enajenación exija el registro del documento también en el libro número 1º.—La sociedad tiene existencia aún antes de que los socios cumplan su obligación de verificar sus aportes.—No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado, por las herederas de Ignacio Roa contra el Presbítero Dionisio García—Magistrado ponente, doctor Rodríguez Peña 71

Acción reivindicatoria.—El traspaso que el demandante en acción reivindicatoria, haga de su derecho sobre la cosa, en favor de otra persona, no lo despoja de su interés como actor.—No invalida la actuación el que haya sido realizada en papel común no revalidado posteriormente.—La prueba testimonial es idónea, por regla general, para demostrar que un determinado predio forma parte de otro. — El derecho de retención consagrado por el art. 970 del C. C., es de oficioso reconocimiento.—se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio ordinario que Enrique González siguió sobre el objeto expresado contra José Francisco de la Hoz y otros.—Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 78

Acción reivindicatoria. — Técnica de casación.—Cuando se ataca en casación una sentencia por error de derecho en la apreciación de pruebas, no basta citar las disposiciones procedimentales en las cuales se señala el valor de cada uno de los medios probatorios, sino debe indicarse también la norma legal sustantiva relativa al derecho controvertido en el proceso.—En el juicio ordinario que sobre el objeto expresado, siguió Obdulio Román de Hincapié contra Francisco Díaz, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga—Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 84

Acción reivindicatoria. —Cuál debe ser la prueba de que los demandados son los actuales poseedores del inmueble reivindicado. — La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado, siguió Lucas Hernández contra Estanislao Blanco y otros. — Magistrado ponente, doctor Gerardo Arias Mejía 90

El mandatario que tiene limitado el poder a la sola segunda instancia, no puede interponer el recurso de casación.—Se declara inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el doctor Luis A. Mariño Ariza, como apoderado de Fabián Forero Morales, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Daniel Forero Ardila contra Emma Carlina Pinzón de Forero, sobre filiación natural.—Magistrado ponente, doctor Pablo Emilio Manotas 95

Acción de filiación natural.—La calidad de heredero puede comprobarse en juicio, también por medio del reconocimiento hecho por el Juez en el de sucesión.—Cuando la acción de investigación de la paternidad se ejerce contra los herederos, después de muerto el presunto padre, las restituciones patrimoniales, consecuenciales del reconocimiento de hijo natural, obligan exclusivamente a los herederos demandados.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario que Ana Tullia Gaviria siguió contra Daniel Uribe del Valle y otros.—Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 97

Acción de indemnización de perjuicios. — Causal primera de casación.—Cuándo puede prosperar en casación el ataque por errónea apreciación de la prueba indiciaria.—Cuando con una inspección ocular concurre un dictamen pericial, cada una de esas pruebas debe sujetarse a los preceptos que separadamente las reglamentan.—En el juicio ordinario que Luisa Ángel de Henao Mejía siguió contra Pardo Tobar y Cía., se casa la sentencia proferida por el Tribunal

Págs.

Págs.

Superior de Medellín, y en su lugar se absuelve a la compañía demandada, de los cargos propuestos contra ella.—Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 108

Mandato y arrendamiento de servicios.—El texto del artículo 2144 del Código Civil, no puede entenderse en el sentido disyuntivo que ofrecen sus términos, sino en el de concurrencia del servicio con la representación de la persona a quien se presta.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de San Gil profirió en el juicio ordinario seguido por Alfredo Correal contra José María Sarmiento. — Magistrado ponente, doctor Rodríguez Peña 116

Acción de resolución de un contrato de compraventa.—Mientras el vendedor no ha satisfecho las obligaciones que como a tal le corresponden, de entregar la cosa vendida y sanear la venta, a más de otras, el comprador no está en mora de pagar el precio y de cumplir las otras obligaciones contraídas.—El mandato del artículo 343 del C. J. sólo es aplicable respecto de las instancias.—En el juicio ordinario que Aristides Caballero siguió, como heredero de José Ignacio Caballero, contra Antonio J. Caballero y otros, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado ponente, doctor Rodríguez Peña 124

Acción de indemnización de perjuicios.—Técnica de casación.—Errónea apreciación de pruebas.—La mala fe o la culpa, sólo dan lugar a indemnización cuando hayan ocasionado un daño y éste se establece fehacientemente en el respectivo proceso.—El juzgador aprecia libremente si un peritazgo está debidamente fundamentado, y el superior puede variar esa apreciación sólo cuando se compruebe que en ella se incurrió en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos.—No casa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario seguido por Evangelista Quintana contra el Municipio de Cali.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 129

Ilegitimidad de la personería.—Quién puede pedir la declaración de nulidad por tal motivo.—Interés para demandar la nulidad o la simulación de un contrato.—Diferencias entre simulación absoluta y relativa y entre simulación y nulidad.—El contrato simulado no es necesariamente nulo.—El cumplimiento de una condena en abstracto, no constituye incidente, y por tanto, la primera providencia que recaiga sobre la solicitud de liquidación, debe ser notificada personalmente.—Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Neiva profirió en el juicio ordinario seguido por José Vicente Salazar contra José María Andrade y otros, sobre simulación de un contrato de compraventa.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez..... 133

Naturaleza jurídica del derecho de riberanía de aguas de uso público.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario seguido por Mario Tomás Mosquera contra la "Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A." — Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 151

Acción de nulidad de un testamento.—Nulidades en materia procesal civil.—En el procedimiento civil las causales de nulidad son taxativas y de interpretación restrictiva.—La ilegitimidad de personería no puede ser alegada con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial.—Casación por errónea apreciación de pruebas.—En estos casos es indispensable determinar la ley sustantiva violada.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Rafael A. Montes contra José Ignacio Montes Duque y otros.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 165

Error de derecho y error de hecho en la apreciación de las pruebas.—Puede darse curso a la demanda aunque el demandante no acompañe la prueba de la personería del demandado.—La calidad de heredero, cuando la acción se ejercita contra quien

Págs.

Págs.

como tal está obligado a responder, no es cuestión de mera representación procesal. La Corte no casa la sentencia proferida en el juicio ordinario que Jerónimo Martínez y otros siguieron contra Vicente Llinás y otros, por el Tribunal Superior de Cartagena.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 173

SALA DE CASACION PENAL

Delito de abuso de autoridad.—Caso de que un funcionario judicial o del Ministerio Público sea mandatario en asuntos judiciales o administrativos, abogue en ellos o aconseje a cualquiera de las partes litigantes. Se confirma el auto por el cual el Tribunal Superior de Popayán llamó a responder en juicio por el delito de abuso de autoridad, al doctor Manuel José Hurtado, y sobreescribió en favor del mismo procesado, por otros cargos por los cuales se le recibió indagatoria.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 178

Cuál es la opinión que constituye causal de impedimento.—Se declara no probada la causal de impedimento que el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Julio Vengoechea U., alegó para intervenir en un proceso contra Carlos A. Zambrano y otros.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 181

Cambio de radicación de un proceso.—Caso del que se adelanta o sigue contra un acusado enfermo de lepra.—Emite la Corte concepto favorable a que se cambie la radicación del proceso que se adelanta contra Tito Velasco, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 183

Nulidades.—Por error en cuanto a la época en que se cometió la infracción.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Popayán profirió en el proceso contra Juan Fabián Pipicano y contra Eusebio Correa, por el delito de lesiones personales.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 184

Requisitos para que pueda cambiarse la radicación de un proceso, por padecer el sindicado de enfermedad grave.—La prueba de la enfermedad debe ser el certificado de los médicos legistas, y no basta el de cualquier médico.—La Corte emite concepto desfavorable a la solicitud de cambio de radicación del proceso que por los delitos de peculado y falsedad, se adelanta contra Germán Alfredo Ordóñez.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre.... 188

Cambio de radicación de un proceso.—Conceptúa la Corte desfavorablemente al cambio de radicación del proceso seguido contra Bernardo Salazar de la Pava, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 190

Delito de concusión.—Se confirma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Pereira ordenó cesar todo procedimiento contra Miguel Muñoz O.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre.... 194

Cuál es la opinión que configura causal de impedimento y de recusación.—Decide la Corte que el Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Jesús María Fontalvo, no está impedido para conocer de un proceso contra José Manuel Pineda y otros.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 196

Recurso de revisión.—La Corte niega la revisión del proceso que ante el Tribunal Superior de Pasto y el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad se adelantó contra Desiderio Unigarro, por los delitos de falsedad y estafa.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 198

Se dirime una colisión de competencias para conocer de un proceso contra un Oficial de la Policía Nacional que prestaba servicios dentro del cuerpo de la Policía Militar.—Se decide que es a la justicia ordinaria y no a la justicia militar, a la que corresponde conocer de un proceso seguido, por los delitos de abuso de autoridad, violación de domicilio y lesiones personales, contra el

Teniente 2º Marco Vinicio Prieto Reyes.
Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno. 202

Recurso de casación interpuesto por un militar juzgado y condenado por los hechos que tuvieron lugar el diez de julio de 1944.—Al quedar derogado el Código Penal de 1890, no quedaron por ese solo hecho sin valor las disposiciones de los artículos del Código de Justicia Militar que hacían referencia a preceptos de aquel Código.—La derogatoria de éste, no comprendió las referencias que a algunos de sus artículos hacía el Código de Justicia Militar.—Esa derogatoria decía relación exclusivamente a ese Código como ley penal común.—El artículo 14 de la Ley 153 de 1887, no dice relación a las referencias que una ley haga a otra mientras ésta se halle vigente, sino solamente a las hechas después de su derogatoria.—No se casa la sentencia por la cual la Brigada de Institutos Militares condenó al Mayor José de J. Guzmán, como responsable del delito de rebelión militar. Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 204

El Código Penal de 1890 siguió vigente después de que comenzó a regir el nuevo estatuto penal, para los efectos de la Ley 84 de 1931 (Código de Justicia Penal Militar). La Corte no casa la sentencia del Comando de la Brigada de Institutos Militares, que condenó al Coronel Eurípides Márquez y a los Tenientes Coroneles Quintín Gustavo Gómez y Ernesto Velosa Peña, como responsables del delito de rebelión. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez.... 212

La víctima del delito, o sus herederos, son extraños al recurso de revisión, porque este recurso tutela la inocencia del condenado. Se niega la revisión del proceso que por homicidio se adelantó contra Aristides Sanabria Barajas, solicitada por Margarita Vargas v. de Borda, viuda del occiso. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 223

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

La justicia ordinaria es siempre competente para conocer de la acción de pago por ac-

tos de ocupación de inmuebles para la ejecución de trabajos de utilidad común, cuando la ocupación se resuelve en una enajenación de la propiedad privada a favor de la Administración; y no importa que esa acción haya sido propuesta independientemente de la reivindicatoria.—Revoca la Corte la providencia por la cual el Tribunal Superior de Manizales decidió el incidente de excepciones dilatorias propuesto por el Personero Municipal de la misma ciudad, en el juicio ordinario seguido por The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, contra la Nación y el Municipio de Manizales. Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry..... 226

Acción declarativa de que un terreno se halla libre de la acción extintiva del dominio, de que trata el artículo 6º de la Ley 200 de 1936.—Se confirma la sentencia que el Tribunal Superior de Santa Marta profirió en el juicio seguido por Armando Fuentes L. contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 231

La competencia para conocer de demandas por indemnización de las zonas afectadas definitivamente a una obra pública, corresponde a la justicia ordinaria.—Las palabras "sentencia judicial" y "orden judicial", empleadas por la Constitución Nacional al tratar de la expropiación, no comprenden también a los fallos que profiere la justicia de lo Contencioso-Administrativo.—Confirma la Corte la providencia del Tribunal Superior de Bogotá que declaró no probada la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, propuesta por el Fiscal en el juicio ordinario seguido por Jorge Abondano contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 233

Recurso de hecho—Qué se entiende por punto nuevo para efectos del recurso de reposición.—Cuándo se puede considerar que se ha realizado la notificación personal de la providencia.—Decide la Corte que estuvo bien denegada la apelación que el apoderado de la parte actora interpuso contra la providencia del Tribunal Superior de Cali que abrió a pruebas las actuaciones de

Págs.

Págs.

cumplimiento de la sentencia proferida en el juicio seguido por Esperanza Lasso V. contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 238

Las entidades de derecho público no están relevadas de la obligación de prestar caución cuando solicitan el embargo y secuestro de la cosa cuya reivindicación intentan o van a demandar.—Se confirma el auto por el cual el Tribunal Superior de Bogotá revocó su propia providencia que había ordenado el embargo y secuestro preventivos de un avión que se encuentra en poder de la "Sociedad Aérea del Tolima, S. A.", en un juicio en que es parte la Nación. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 241

Alcance de la competencia de la justicia ordinaria para conocer de demandas contra el Estado por indemnización de perjuicios sufridos por particulares.—La Corte declara nulo todo lo actuado en el juicio ordinario que Rito Rueda Gómez siguió contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 243

Incidente de liquidación de perjuicios.—Tasación de alimentos.—Se reforma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá fijó el monto de la indemnización de perjuicios que la Nación debe pagar a Antonio María Rodríguez y otra. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 246

No se repone el auto anterior.—No accede la Corte a la solicitud de reposición formulada por el apoderado de los actores. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada... 250

Incidente de liquidación de perjuicios.—Fija la Corte en la suma de noventa y tres mil cuatrocientos veintitrés pesos con cincuenta centavos, el valor de la indemnización que, por perjuicios, debe pagar la Nación al señor Evaristo Herrera de la Torre..... 252

Acumulación de juicios.—Para que ella proceda, se requiere identidad de causa en los autores, y no basta la simple semejanza o analogía.—No se accede a decretar la acumulación de los juicios de Raquel Gómez v.

de Caro y otros contra la Nación; A. Noquera y Compañía contra la Nación, y algunos otros (en total, ocho), todos contra la Nación y originados en la ocupación por parte de ésta, de varios lotes en el paraje de "La Loma" en Barranquilla, acumulación solicitada por el señor Procurador Delegado en lo Civil. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 256

No se repone la providencia anterior.—Cuál es la causa de las acciones.—Se niega la reposición de la providencia de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior de este índice, pedida por el señor Procurador Delegado en lo Civil..... 258

El artículo 1º de la Ley 66 de 1945 sólo estableció una acción judicial de requerimiento pero no consagró reforma alguna respecto de las condiciones o requisitos que deben reunir todas aquellas obligaciones de hacer reguladas por dicho estatuto.—En el juicio seguido contra la Nación por el general Jorge Martínez Landínez, sobre que la entidad demandada debe cumplir la sentencia proferida por la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte el 30 de octubre de 1939 y también la promesa de pago hecha por el Gobierno en Resolución 1181 de 1940, se declara que no es el caso de acceder a las solicitudes de la demanda. Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry..... 261

Requisitos para la prosperidad de la acción consagrada por el artículo 971 del Código Civil.—El procedimiento reivindicatorio es viable también contra el que retenga indebidamente una cosa a nombre de otro.—En el juicio ordinario que Antonio José Barona y Marina Correa de Barona siguieron contra la Nación, sobre que ésta debe restituir un lote de propiedad de los demandantes, se declara que pertenece a éstos el lote en referencia; no se condena a la Nación a que lo restituya, por aparecer que la entrega ya se realizó; y se decide que la parte demandada debe pagar los frutos civiles del terreno, cuyo monto se señala. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 270

Págs.

Págs.

Es principio dominante en materia de caducidad de contratos o concesiones administrativas, conforme a la legislación colombiana, el de permitirle al contratista o concesionario defenderse o explicarse previamente.—Alcance de la competencia privativa atribuida a la Corte por el artículo 40 del Código Judicial.—En el juicio ordinario que Thimoty Britton siguió contra la Nación, se declaran infundadas o sin valor las Resoluciones Ejecutivas por las cuales se decretó la caducidad del contrato celebrado por el Gobierno con el demandante, para la construcción del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga, y se hacen algunas condenaciones. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 277

Excepción de inepta demanda.—No puede ser objeto de esta excepción el de si la persona demandada está llamada o no a responder de lo que se demanda.—El Magistrado sustanciador declara no probada la excepción dilatoria propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en el juicio intentado contra la Nación por Isabel Malo de Nieto y Beatriz Malo de Brigard, como herederas universales de Arturo Malo O'Leary y Elvira Tanco de Malo. Auto del Magistrado Dr. Rafael Leiva Charry 289

Incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de juicios ejecutivos para el pago

de prestaciones oficiales derivadas de una relación de trabajo.—Se revoca el mandamiento ejecutivo librado por el Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio seguido por el doctor Enrique Castillo Jiménez contra el Departamento de Bolívar, y se declara que a la justicia ordinaria no corresponde conocer de esa ejecución. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 293

Acción reivindicatoria.—No puede prosperar esta acción, cuando no está comprobado que el predio reivindicado está en posesión de la parte demandada.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Vicente López Gómez contra el Departamento del Valle del Cauca. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 295

Excepción de ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte demandante.—Se confirma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín declaró no probada la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte demandante, excepción propuesta por el Fiscal del mismo Tribunal y por el Gobernador de Antioquia, en el juicio ordinario que contra la Nación y contra dicho Departamento promovieron Tulia y Carmen López L. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 299

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXI - BOGOTA, COLOMBIA. MARZO DE 1952 - NUMERO 2112

S A L A P L E N A

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 25 (INCISO 3º) DE LA LEY 58 DE 1931, SOBRE SOCIEDADES ANONIMAS — EL PRINCIPIO DE QUE NADIE PODRA SER CONDENADO SINO POR TRIBUNAL COMPETENTE Y MEDIANTE EL LLENO DE LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO, NO SIGNIFICA QUE DE TODAS LAS INFRACCIONES DEBA CONOCER NECESARIAMENTE LA RAMA JURISDICCIONAL — EN QUE CONSISTE LA IGUALDAD DE TODOS LOS CIUDADANOS ANTE LA LEY — CUANDO EXISTE PENA DE CONFISCACION — EL DERECHO PENAL DISCIPLINARIO SOLO REGULA EL NORMAL FUNCIONAMIENTO O DISCIPLINA INTERNA DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO Y SU FIN ES CORREGIR A LOS FUNCIONARIOS CUANDO INFRINGEN LOS DEBERES DE SUS CARGOS

1—El principio de que los ciudadanos deben ser juzgados ante tribunal competente y observando las formas propias de cada juicio, puede ser aplicado en sentido lato a cualesquiera decisiones de la autoridad. Es decir, que han de adoptarse las formas determinadas en la respectiva disposición represiva, por la autoridad correspondiente, dejando a salvo la defensa de los acusados; pero no puede significar que de toda infracción deba conocer la justicia ordinaria y mediante un juicio seguido por los trámites de los códigos de enjuiciamiento civil y penal. La eficacia de la acción estatal requiere que haya procedimientos breves y sumarios para sancionar hechos que, si no son considerados por la ley como delitos, sí pueden causar perjuicios de consideración, no por sí solos o aisladamente, sino por su frecuencia, máxime si se tiene en cuenta que el

progreso que vive el mundo requiere la oportunidad y rapidez de la actividad del gobierno, que sería inútil con aquellos trámites dilatados de los juicios comunes.

De todos modos, los hechos que se sancionan en el precepto que se acusa, no son delitos y, por tanto, sobre ellos no recae la acción de los jueces ni es necesario emplear trámites dispendiosos, lo cual significa que no es inconstitucional por el aspecto de la competencia ni del procedimiento.

2—El artículo 25 de la ley 58 de 1931 no establece la pena de confiscación que prohíbe el artículo 34 de la Constitución, cuando dispone en su inciso 3º que perderá todas sus acciones en favor de la sociedad el que infringiere la prohibición consagrada en los dos incisos anteriores, porque como lo anota el tratadista José María Samper

"LA CONFISCACION es el absoluto despojo, sin compensación alguna, que da por resultado la PERDIDA total de los valores confiscados sin resarcimiento alguno; y esto a beneficio del FISCO, según lo expresa el vocablo. No así el RESARCIMIENTO de perjuicios, quien quiera que sea el resarcido. En este caso, por el hecho de haber incurrido en responsabilidad civil, el que ha de resarcir ha dispuesto implícitamente de sus bienes en favor del perjudicado; le debe una justa compensación, y si el resarcimiento absorbe todos los bienes, es porque un VALOR IGUAL fue destruido por el que da la indemnización. Lejos, pues, de haber confiscación de unos bienes, lo que hay es tributo rendido al derecho de propiedad, vinculado a otros bienes que habían sido perjudicados". (Derecho Público Interno de Colombia, Tomo III, págs. 65 y 66).

3—Aún reconociendo la Corte la indiscutible conveniencia del precepto que consagra una sanción para quienes, aprovechándose de la situación privilegiada que les otorga un cargo directivo en las compañías, se entregan a la tarea de especular, con menoscabo indebido de los intereses de los otros accionistas que no cuentan con las mismas posibilidades, los términos por medio de los cuales se establece dicha sanción resultan violatorios del principio de la igualdad ante la ley en que se inspira la Constitución Nacional.

Esta igualdad que, como lo expresa Hauviou, "no es una igualdad de hecho en las condiciones materiales de la vida, sino que consiste "en dar a cada individuo los mismos medios jurídicos de acción" y en retirar los obstáculos que provienen de los privilegios de clase, tiene varias aplicaciones entre las cuales se destaca, para lo que aquí interesa, la de "igualdad ante los tribunales". Esto es, que las sanciones resulten determinadas o determinables; que en similitud o en igualdad de circunstancias se apliquen iguales o semejantes sanciones; que al responsable se le reprima en más o en menos, según aparezca demostrado, y que al inculpe se le reconozca su inculpatibilidad.

Y ella se deduce, en el particular de que se trata, de varios preceptos de la Carta, tales como el 16, que ordena proteger a "to-

das las personas residentes en Colombia"; el 20, que establece pareja responsabilidad para todos "por infracción de la Constitución y de las leyes"; el 26, que permite exigir a todos el cumplimiento de "la plenitud de las formas propias de cada juicio"; y el 28, que estatuye que nadie puede ser penado sino porque una ley anterior haya prohibido el hecho y le haya señalado la pena correspondiente.

En el caso que se estudia resulta la sanción inequitativa y aberrante, porque quien falta más gravemente puede no resultar sancionado y quien falta más levemente resulta con sanción mayor. Por ejemplo, si un sujeto tiene cien acciones y vende una ilícitamente, perderá noventa y nueve, mientras que si las vende todas, no perderá ninguna; y al contrario, si teniendo cien acciones compra una, perderá ciento una, mientras que si compra otras ciento, perderá doscientas; y si no teniendo acciones, compra una, perderá una, mientras que si compra ciento, perderá el total. Y así indefinidamente, hasta donde quepa hacer suposiciones, en todas las cuales se encontrará el mismo elemento de desigualdad y de injusticia.

4—La transgresión contemplada en el inciso 3º del artículo 25 de la Ley 58 de 1931, no pertenece en rigor de verdad al derecho penal disciplinario, pues éste sólo regula el normal funcionamiento o DISCIPLINA INTERNA de las entidades de derecho público y su fin es corregir a los funcionarios cuando infringen los deberes de sus cargos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.—Bogotá, seis de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El señor Emilio Toro V. pide que se declare inexecutable el inciso tercero del artículo 25 de la ley 58 de 1931.

El artículo, acusado parcialmente, dice así:

"Artículo 25. Prohíbese a los Gerentes y miembros de la administración, llámese Junta Directiva, Administradora, Asesora, Consultiva, Consejo, Comité o de cualquier otra manera, comprar, vender o negociar en cualquier forma, ni

por cualquier conducto, con acciones de la Sociedad en cuestión, mientras estén en desempeño de los cargos dichos.

"Si por circunstancias especiales, ajenas a motivos de especulación, alguno de los funcionarios arriba expresados, deseara comprar o vender acciones de la compañía, deberá dar cuenta a la Junta y obtener de ésta para cada operación, salvo el caso de que haya sido autorizada expresamente por la misma Junta por el voto de las cuatro quintas partes de sus miembros para celebrar negociaciones que por su especial carácter y urgencia hagan imposible la autorización especial en cada caso. No quedan incluidas en la excepción contenida en este inciso las empresas de servicio público constituídas por Sociedades Anónimas.

"El que infringiere esta prohibición, perderá todas sus acciones en favor de la sociedad, previa decisión de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, a petición de cualquier persona".

La edición oficial de las leyes de 1931, después de las palabras del inciso segundo "deberá dar cuenta a la Junta y obtener de ésta", trae esta nota: "Aquí debiera decir: "Y obtener de ésta **autorización** para cada operación"; no obstante, se conserva el original consultado".

Dos son los argumentos que aduce el demandante contra el último inciso del precepto transcrito: que viola la Constitución en cuanto ésta garantiza el derecho de propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título; y que la quebranta también en cuanto establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que el precepto acusado no es inconstitucional, porque apenas establece una sanción de carácter disciplinario, para cuya efectividad deben seguirse las normas de competencia y procedimiento consagradas en él mismo; y que siendo una sanción, mal puede decirse que esté en pugna el inciso acusado con los cánones constitucionales que amparan la propiedad privada, porque es propio de las sanciones pecuniarias afectar el patrimonio de los ciudadanos.

La primera cuestión que debe resolverse es la de saber si el precepto acusado se opone a lo dispuesto en la Carta, por no estar atribuida la competencia para conocer del hecho que en él

se sanciona a la justicia penal ordinaria, y por no ordenar que se siga el procedimiento que rige para la represión de los delitos.

El actor se contenta en este punto con citar el artículo 22 de la anterior codificación constitucional, correspondiente al 26 de la actual; pero eso no excusa a la Sala de estudiarlo, tanto más que así lo aconsejan el método y la claridad.

Debe aceptarse que la Carta Fundamental delimita las funciones que pueden ejercer las autoridades de cada uno de los órganos o ramas del poder público. Y, así, no solamente prohíbe, en tiempo de paz, a los funcionarios de lo civil o de lo político intervenir en lo militar o en lo judicial (artículo 61), sino que señala en diversas reglas cuáles son las atribuciones privativas de la rama legislativa, de la administrativa y de la judicial o jurisdiccional.

Sobre lo último, que es lo que ahora interesa, establece que la justicia es un servicio público a cargo de la Nación y que le corresponde administrarla a la Corte Suprema, y a los tribunales y juzgados que la ley establezca (artículo 58); y que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que impute, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas de cada juicio (artículo 26).

Pero la aceptación de este principio no lleva a concluir que cuandoquiera que se sancionen hechos ilícitos, sobre todo de manera preventiva, debe tomar parte el magisterio penal con sus procedimientos comunes. En realidad no puede hablarse de **ser juzgado, de juicios, de plenitud de formas, de tribunales competentes y de penas**, que son las expresiones de los artículos transcritos del Estuto, sino en tratándose de la represión de delitos propiamente dichos; pero no en tratándose de las demás transgresiones de la ley, que se sancionan generalmente con fines preventivos más bien que represivos, por cualesquiera autoridades y por procedimientos breves y sumarios.

La propia Constitución establece que el Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero que deben colaborar armónicamente en la realización de los fines del Estado (artículo 55). Y es claro que esos fines no podrían obtenerse si hubiera una limitación demasiado rígida en las actividades de los funcionarios, que no existe ni puede existir en esa forma absoluta: fuera de las que les son propias, funciones judiciales y administrativas realizan las Cámaras, como en labores legislativas y jurisdiccio-

nales interviene el Presidente, como actos meramente administrativos ejecutan los jueces.

En nuestra legislación existen hechos numerosos considerados como ilícitos, de los cuales no conoce la justicia ordinaria. Así, pueden citarse todos los que contemplan los reglamentos de policía, de higiene y salubridad, de urbanismo, de control de precios, de control de cambios, de impuestos, de los cuales conocen funcionarios que no son jueces. Es que todos esos preceptos, que no tratan de la represión de los delitos, no pertenecen a la función jurisdiccional del Estado en su sentido estricto, sino a la práctica **"del buen gobierno"**, que necesita de medios apropiados para lograr sus fines que, de lo contrario, se verían frustrados.

En estos casos conocen de las infracciones los funcionarios a quienes corresponde la vigilancia, la inspección, el control de determinada clase de actividades. Desde el punto de vista de una técnica severa, sería pertinente que de toda transgresión conocieran los jueces y mediante juicios o trámites en que se diera a los culpables toda clase de garantías de defensa; pero desde el punto de vista del buen gobierno, de la buena administración, sería perjudicial proceder en semejante forma.

"Es necesario reconocer —dice Gastón Jeze— que es propio de una buena organización política que el agente encargado de hacer la constatación, esté también encargado por el legislador de sacar sus consecuencias. Es el mejor situado para hacerlo. Pero eso es otra cuestión, cuestión de **orden político** y no de técnica jurídica" (Principios generales de derecho administrativo, página 52, edición francesa de 1925).

Y esta opinión encuentra asidero en la propia Carta Fundamental, que establece la colaboración de los funcionarios de las tres ramas del poder público, como ya se dejó advertido, y que ha dejado a la ley el señalamiento de la competencia y de los trámites que hayan de emplearse en todas las actividades, con algunas limitaciones.

El principio de que los ciudadanos deben ser juzgados ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, puede ser aplicado en sentido lato a cualesquiera decisiones de la autoridad. Es decir, que han de adoptarse las formas determinadas en la respectiva disposición represiva, por la autoridad correspondiente, dejando a salvo la defensa de los acusados; pero no puede significar que de toda infracción deba conocer la justicia ordina-

ria y mediante un juicio seguido por los trámites de los códigos de enjuiciamiento civil y penal. La eficacia de la acción estatal, se repite, requiere que haya procedimientos breves y sumarios para sancionar hechos que, si no son considerados por la ley como delitos, si pueden causar perjuicios de consideración, no por sí solos o aisladamente, sino por su frecuencia, máxime si se tiene en cuenta que el progreso que vive el mundo requiere la oportunidad y rapidez de la actividad del gobierno, que se haría inútil con aquellos trámites dilatados de los juicios comunes.

De paso quiere advertir la Corte que la transgresión contemplada en el precepto acusado no pertenece en rigor de verdad al derecho penal disciplinario, pues éste sólo regula el normal funcionamiento o **disciplina interna** de las entidades de derecho público y su fin es corregir a los funcionarios cuando infringen los deberes de sus cargos.

De todos modos y para lo que aquí interesa concluir, es necesario reafirmar la idea de que los hechos que se sancionan en el precepto que se acusa, no son delitos y, por tanto, sobre ellos no recae la acción de los jueces ni es necesario emplear trámites dispendiosos, lo cual significa que no es inconstitucional por el aspecto de la competencia ni del procedimiento.

Pero se alega que la sanción que se impone en el artículo acusado es una verdadera confiscación que priva de su propiedad al miembro de la junta directiva que negocie, sin permiso, con sus acciones, y que por este motivo es opuesto al artículo 34 de la Carta, que dice: "No se podrá imponer pena de confiscación".

Sobre el particular comenta el doctor José María Samper que es principio universal del derecho público el que proscribe por completo la pena de confiscación, que en la Carta no podía faltar, y que la brevedad y lo absoluto del artículo que la veda demuestran que no admite excepción alguna. Y prosigue:

"Alegose, sin embargo, que cuando un reo era condenado al resarcimiento de perjuicios, esta pena podía valer tanto como una confiscación de bienes, si los del reo no alcanzaban, o bastaban apenas, a cubrir el monto de los perjuicios que habrían de resarcirse; y la propia observación se hizo por lo tocante a las expropiaciones que respecto de valores muebles se podrían decretar, llegando hasta absorber todos los bienes del expropiado. Pero a esto se observó, y con razón, que hay sustancialísima diferencia entre la con-

fiscación de bienes y los casos de resarcimiento de perjuicios y de expropiaciones.

“La **confiscación** es el absoluto despojo, sin compensación alguna, que da por resultado la **pérdida** total de los valores confiscados sin resarcimiento alguno; y esto a beneficio del **Fisco**, según lo expresa el vocablo. No así el **resarcimiento** de perjuicios, quien quiera que sea el resarcido. En este caso, por el hecho de haber incurrido en responsabilidad civil, el que ha de resarcir ha dispuesto implícitamente de sus bienes en favor del perjudicado; le debe una justa compensación, y si el resarcimiento absorbe todos los bienes, es porque un **valor igual** fue destruido por el que da la indemnización. Lejos, pues, de haber confiscación de unos bienes, lo que hay es tributo rendido al derecho de propiedad, vinculado a otros bienes que habían sido perjudicados.

“En cuanto al caso de expropiación, desde que ella acarrea la obligatoria indemnización, ni es pena ni menos es confiscación, por más que pueda demorarse algo, o disminuirse en el hecho, el **pago** de los valores expropiados. El mal es entonces, si lo hay, una consecuencia inevitable del trastorno del orden público, que a todos perjudica y tiene su origen en la sociedad misma” (José María Samper, *Derecho Público interno de Colombia*. Tomo II, páginas 65 y 66).

Estos conceptos, que excusan de otras consideraciones, hacen ver que el precepto acusado tampoco resulta opuesto a la Carta Fundamental, ya que no puede decirse que en él se haya establecido la prohibida pena de confiscación.

Arguye también el demandante que la sanción es arbitraria porque se impone sin medir el alcance del daño causado; que es injusta, porque se aplica en casos en que no existe el perjuicio que trata de evitarse; y que es, además, aberrante, porque no sanciona sino a quien conserve acciones en la sociedad, y no al que, infringiendo la prohibición, venda todas sus acciones en la compañía.

Sobre el daño cabe observar que las sanciones no siempre se imponen por el causado efectivamente, sino por el peligro que ciertos actos ofrecen, de no prohibirse y sancionarse, lo que se aplica, no sólo en tratándose de delitos (delitos formales, delitos de peligro) sino principalmente de contravenciones y de hechos como el que aquí se contempla.

Por eso llegó a decirse en el Senado de la República al discutirse el inciso acusado:

“Toda disposición legal debe tener una sanción,

bien sea penal o civil. La disposición del artículo que se discute es básica. Los gerentes y los miembros de las juntas directivas en muchos casos cometen fraudes y con ventas ficticias de acciones hacen subir o bajar el precio. Ha habido casos en que hacen esa clase de juegos para conseguir dinero que después se reparte”.

Sea lo que fuere de la situación de hecho y aún reconociendo la Corte la indiscutible conveniencia del precepto que consagra una sanción para quienes, aprovechándose de la situación privilegiada que les otorga un cargo directivo en las compañías, se entregan a la tarea de especular, con menoscabo indebido de los intereses de los otros accionistas que no cuentan con las mismas posibilidades, los términos por medio de los cuales se establece dicha sanción resultan violatorios del principio de la igualdad ante la ley en que se inspira la Constitución Nacional.

Esta igualdad que, como lo expresa Hauriou, “no es una igualdad de hecho en las condiciones materiales de la vida, sino que consiste “en dar a cada individuo los mismos medios jurídicos de acción” y en retirar los obstáculos que provienen de los privilegios de clase, tiene varias aplicaciones, entre las cuales se destaca, para lo que aquí interesa, la de “igualdad ante los tribunales”. Esto es, que las sanciones resulten determinadas o determinables; que en similitud o en igualdad de circunstancias se apliquen iguales o semejantes sanciones; que al responsable se le reprima en más o en menos, según aparezca demostrado, y que al inocente se le reconozca su inculpabilidad.

Y ella se deduce, en el particular de que se trata, de varios preceptos de la Carta, tales como el 16, que ordena proteger a “todas las personas residentes en Colombia”; el 20, que establece pareja responsabilidad para todos “por infracción de la Constitución y de las leyes”; el 26, que permite exigir a todos el cumplimiento de “la plenitud de las formas propias de cada juicio”; y el 28, que estatuye que nadie puede ser penado sino porque una ley anterior haya prohibido el hecho y le haya señalado la pena correspondiente.

En el caso que se estudia resulta la sanción inequitativa y aberrante, porque quien falta más gravemente puede no resultar sancionado y quien falta más levemente resulta con sanción mayor. Por ejemplo, si un sujeto tiene cien acciones y vende una ilícitamente, perderá noventa y nueve, mientras que si las vende todas, no perderá ninguna; y, al contrario, si teniendo cien acciones,

compra una, perderá ciento una, mientras que si compra otras ciento perderá doscientas; y si no teniendo acciones, compra una, perderá una, mientras que si compra ciento, perderá el total. Y así indefinidamente, hasta donde quepa hacer suposiciones, en todas las cuales se encontrará el mismo elemento de desigualdad y de injusticia.

Porque no puede aceptarse, como lo considera el decreto reglamentario que con posterioridad a la demanda se expidió, que la pérdida de acciones a que el precepto acusado se refiere, esté simplemente limitada a las que fueron objeto de la negociación (art. 113 del decreto 2521 de 1950).

Semejante concepto es opuesto a los términos de generalidad absoluta que emplea la disposición ("perderá todas sus acciones"), y sabido es que, donde la ley no distingue no le es dado al intérprete distinguir. Además no siendo la sanción establecida la de invalidez o nulidad de la operación, resultaría que en el caso de venta de todas sus acciones el administrador que, contra la prohibición legal, la ha verificado, vendría a quedar libre, por sustracción de materia, de la pena que en justicia le corresponde; de donde se deduce que, aún interpretando en tal sentido la disposición, se llega ineludiblemente al mismo resultado que tomándola en los términos en que el decreto se produce.

Ahora bien, dispone la ley 96 de 1936 que la

Corte no sólo debe averiguar si se han quebrantado los preceptos del Estatuto Fundamental que el actor señala, sino "otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda" (art. 2º). Y como, de acuerdo con los preceptos citados de la Constitución, el inciso acusado resulta contrario al principio de la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley, debe ser declarado inexecutable por este motivo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, oído el concepto del señor Procurador y en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, declara que es inexecutable el inciso tercero del artículo 25 de la ley 58 de 1931, que ha sido objeto de la presente demanda.

Cópiese, dése cuenta al Gobierno Nacional. Publíquese en el Diario Oficial y en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel José Vargas — Gerardo Arias Mejía—
Alfonso Bonilla Gutiérrez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pi-
neda—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—
Luis Gutiérrez Jiménez—Alberto Holguín Llore-
da—Rafael Leiva Charry—Pablo Emilio Manoa-
tas—Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez
Peña—Arturo Silva Rebolledo — Angel Martín
Vásquez—Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE SIMULACION. — SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Ignacio Méndez, casado con Tránsito Matiz, fue padre de diez hijos, entre ellos Gonzalo Méndez Matiz, Josué Trino Méndez Matiz y Manuel J. Méndez Matiz.

Por escritura 328 de 6 de diciembre de 1927, Notaría de La Vega, en Cundinamarca, Ignacio Méndez vendió a sus hijos Josué Trino y Manuel J., mencionados, una finca rural llamada "Sabana", situada en aquel Municipio, por la suma de \$ 13.000. En la escritura se dice que sobre el inmueble mencionado pesa una hipoteca a favor del Banco Agrícola Hipotecario, y que para cancelarla, el vendedor deja a los compradores el valor de las cuotas que sean debidas desde la fecha del contrato. Por último, se dice en esa escritura que el vendedor ha recibido el dinero valor de la venta, y que hace entrega material de la finca a los compradores.

Como se expresa, esta operación se realizó en mil novecientos veintisiete; y sólo diez y siete años después, en julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, la esposa del vendedor, y su hijo Gonzalo, arriba mencionados, entablaron un juicio ordinario contra aquellos compradores, ante el Juzgado del Circuito de Facatativá, en la cual se hacen estas peticiones principales, que interesa historiar:

a) Que es simulado el contrato que se hizo constar en la escritura 328 ya citada;

b) Que compradores y vendedores "disfrazaron con el contrato de compraventa de que trata la petición anterior un acto de donación por el cual el vendedor transfirió gratuitamente a los compradores el inmueble"; y

c) Que el acto de donación disfrazado con el aparente contrato de compraventa, es nulo.

El Juzgado, por sentencia de diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, desató en primera instancia la litis, así:

Declárase inexistente por simulación el contrato contenido en la escritura 328. Los bienes a que ella se refiere deben volver al patrimonio de la sociedad conyugal, "junto con los frutos civiles y naturales producidos o que se hubieran podido producir a partir de la fecha de la contestación de la demanda".

Nada se dijo en este fallo sobre las peticiones arriba marcadas con las letras b) y c) que se refieren a la donación o contrato secreto.

Ambas partes apelaron de la sentencia de primer grado. En cuanto a la parte demandante, su apelación tendió a que en la segunda instancia se modificara lo relacionado con frutos, pues dice el apoderado de los actores en su alegato ante el Tribunal: "Me permito apelar de esta decisión, a fin de que os sirváis condenar a los demandados a pagar los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder (artículo 964 del C. C.)". Y termina su alegato la parte actora pidiendo que sea confirmada la sentencia del Juzgado, con esta aclaración.

El Tribunal Superior de Bogotá, según sentencia de diez y nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete revocó la de primer grado y declaró que no hay lugar a hacer las declaraciones y condenaciones impetradas en la demanda.

El apoderado de la parte actora interpuso el recurso de casación contra esta sentencia del Tribunal, el cual se va a estudiar en seguida.

Casación

Principia el recurrente por manifestar que in-

voca la primera de las causales de casación a que se refiere el artículo 520 del C. Judicial: "Ser violatoria la sentencia de ley sustantiva por infracción directa y por aplicación indebida a que se llegó por falta de apreciación y por apreciación errónea de determinados elementos de prueba producidos por las partes en relación con los hechos fundamentales de la demanda".

En su demanda, el recurrente hizo análisis, en capítulos especiales, de estos indicios: I. La retentio possessionis; II la incapacidad económica de los pretendidos compradores y III los vínculos de sangre entre el vendedor y los compradores.

Destina el recurrente su Capítulo IV a exponer una especie de pauta para la sentencia de instancia que él considera debe dictar la Sala después de casar la sentencia, y en ese capítulo se vuelve a hacer estudio de los tres indicios ya enunciados.

Todo lo cual quiere decir que esos tres puntos constituirán los temas que deben tratarse en casación.

Por último, en su capítulo V dice el recurrente: "Los hechos anteriores, sin perjuicio de otros que la Honorable Corte pueda encontrar en la formación de su inferencia indiciaria, serán a no dudarlo suficientes para llegar a una convicción afirmativa respecto de los hechos fundamentales de la demanda; y entonces verá que el fallo recurrido infringió mediante los errores de apreciación probatoria que se dejan señalados, las siguientes normas sustantivas de derecho, por los conceptos que respecto de cada una de ellas se expresa". Y remata el recurrente este último capítulo de su demanda, con la cita de las disposiciones que en su concepto se han violado, y con la razón de la violación.

Capítulo II

Al hablar el recurrente sobre una inspección ocular en el primer capítulo acusatorio en que se trata de la *retentio possessionis*, dice que el Tribunal "incurrió en el error manifiesto de hecho consistente en la falta de apreciación de la prueba de inspección ocular".

Y al hablar en el mismo capítulo sobre la apreciación que el Tribunal hizo de unas declaraciones, dice: "alego subsidiariamente esta misma omisión como error de derecho, por infracción del artículo 697 del C. J."

Como se ve, acusa el recurrente la sentencia

por haber pasado por alto las categóricas y contextes afirmaciones de unos testigos respecto de la posesión de la finca por Ignacio Méndez, vendedor, con posterioridad al otorgamiento de la escritura.

Sobre esto dice la sentencia: "Plenamente probado está el hecho de la permanencia del padre en el inmueble 'Sabaneta' con posterioridad a la compraventa y hasta la fecha de su defunción. Mas no puede darse a tan importante circunstancia el significado de una *retentio possessionis*; al respecto es válida la explicación ofrecida por los demandados acerca de la edad y el desvalimiento del padre, corroborada por varios testigos, entre ellos Jesús Manrique, declarante de la parte actora, quienes enuncian cómo en la época del contrato ya don Ignacio no podía trabajar y sus hijos Manuel y José Trinidad veían por él, siendo de anotar que los testigos le asignan una avanzada edad. En cambio, los hermanos Méndez además de explotar materialmente el inmueble se han presentado como dueños de él ante entidades como la Caja de Crédito y ante particulares que así lo declaran".

El recurrente examina cada una de las declaraciones, en número de cuatro, en las cuales se afirma que después de la venta del inmueble, Ignacio Méndez continuó viviendo en éste con su familia, **mandando y disponiendo como si fuera dueño de él**, lo cual no justifica lo que expresa la sentencia, es a saber: que el vendedor **permaneció** en la finca después de la venta, asignándole así la simple posición de **residente**. Considera entonces el recurrente, ante esta desarmonía entre lo que la sentencia dice y lo que expresan los testigos, que se incurrió en error de derecho infringiéndose así el artículo 697 del C. Judicial.

Si sobre el punto a estudio el sentenciador no hubiera tenido a la vista sino las declaraciones comentadas por el recurrente, no carecería de fundamento la acusación; pero el Tribunal tuvo a estudio muchas otras pruebas para afirmar su concepto, entre ellas: la edad muy avanzada del vendedor que lo inhibía para administrar una finca, mandar en ella, adelantar negocios, trabajar, etc.; los resultados de la inspección ocular de la cual aparece que la mayor parte de la finca estaba en poder de los compradores, excluyéndose sólo unas pequeñas parcelas que cultivaban algunos parientes dentro de una íntima convivencia familiar anterior y posterior a la venta; lo que dice un testigo acerca de que desde el mes de diciembre de mil novecientos veintisiete el

vendedor le entregó la administración de la finca a su hijo Manuel J., y "desde entonces, por sus achaques, no volvió a intervenir en la administración"; lo que dice otro testigo acerca de que cuando el vendedor ya estaba imposibilitado para trabajar y administrar la finca, Manuel J. "era quien mandaba, ordenaba y dirigía todos los trabajos de la finca"; lo que expresa el testigo doctor Casasbuenas a saber: "Conocí al señor Ignacio Méndez, hace unos veinticinco años y en ese entonces tendría una edad de 80 años más o menos. No obstante su aparente buen estado de salud, por su edad muy avanzada don Ignacio estaba en incapacidad para trabajar personalmente y dirigir los negocios de la finca, razón por la cual los peticionarios (los demandados) eran las personas encargadas del manejo y administración de la misma, y además, encargados de velar por toda la familia". A lo cual se agrega que hay pruebas acerca de varias operaciones de dueño que en la finca realizaban los compradores, como negocios con arrendatarios, construcción de casas en la finca, siembras, mantenimiento de ganados, corte de maderas, etc.; y que hay también pruebas sobre las actividades comerciales de los compradores desde antes de la compra de la finca, y prueba de la intimidad familiar en que vivían padres e hijos en la finca mencionada, mucho antes de la muerte del padre, y después.

Estos y otros datos pudieron haber influido en el ánimo del fallador para formar criterio sobre punto exclusivamente sometido a su decisión; sin que haya en el expediente prueba alguna que se oponga a ese íntimo convencimiento del juzgador, pues antes bien, como se ha expresado, hay datos y pruebas que robustecen esa convicción.

En otra parte de este capítulo, como se anotó, el recurrente acusa la sentencia por error de hecho consistente en la falta de apreciación de la prueba de inspección ocular "en orden a la continuación de la posesión de Ignacio Méndez en la persona de su cónyuge sobreviviente y de la mayoría de sus hijos, sobre la casa principal y parte considerable de la finca en litigio".

No podría influir esa inspección ocular sobre el criterio que se formó el fallador acerca del indicio a estudio, pues nada expresa ella en orden a desautorizar ese criterio, antes bien, la circunstancia de que una gran parte del inmueble no estaba ocupada por los demandantes ni por otros de los hijos distintos a los demandados, está probando que esa parte estaba en poder de estos demandados; sin que tenga significación, como con-

tinuación de la posesión del padre, la circunstancia de que los demandantes ocuparan pequeñas parcelas de la finca, lo cual se explica por el sistema de vida íntima que llevaba toda la familia Méndez-Matiz, ocupando la casa y la finca antes y después de la muerte del padre, en este caso por tolerancia afectuosa de los compradores.

No puede prosperar, entonces, el cargo del recurrente contra la sentencia del Tribunal en cuanto no reconoció valor al indicio examinado, ni se han violado, por tanto, ninguno de los textos legales que en capítulo especial enunció el recurrente.

Capítulo III

Ya en el segundo capítulo dice el recurrente: Incurrió el Tribunal en error de hecho y de derecho manifiestos en la apreciación de las pruebas referentes a lo que él llama incapacidad económica de los compradores. Más adelante dice dentro del mismo capítulo al hacer examen de unas declaraciones: "Es error de hecho, si se considera la omisión en sí misma; pero al propio tiempo es de derecho considerando que con la omisión se infringió la norma procesal ya citada (artículo 697 del C. J.). Lo alego con ambos caracteres".

Y considerando otras declaraciones dentro del mismo capítulo, expresa el recurrente que el Juez no interrogó a los testigos de acuerdo con el artículo 688 del C. Judicial, "de suerte que se incurrió por el Tribunal en error de derecho al conceder beligerancia probatoria a estos testimonios, en cuya recepción se infringió la norma procesal que acaba de citarse".

Expresa el recurrente que varios testigos presentados por su parte (en número de seis) declaran que Josué Trino y Manuel J. Méndez eran en la época del contrato muchachos absolutamente pobres, cuyas actividades se limitaban a colaborar con su padre Ignacio Méndez en la administración de la finca, sin más beneficio económico que recibir alimentación, vestido, educación y pequeñas sumas de dinero para sus gastos. Y que el Tribunal no apreció estos testimonios sobre las condiciones económicas de los compradores, "los cuales constituyen un vehemente indicio de simulación de la pretendida compraventa", sino que declaró que no estaba probada la falta de capacidad económica de los demandados.

Mas frente a esos seis testimonios que cita el recurrente, tuvo a la vista el Tribunal muchos

documentos de los cuales pudo deducir, para formar su convicción sobre el caso, que los compradores sí estaban en capacidad económica de pagar el precio de la finca.

En primer lugar, no se trataba de "unos muchachos", como uniformemente lo expresan aquellos seis testigos, sino de unos hombres, listos en operaciones comerciales, constantes en el trabajo, que ya desde antes del contrato hacían negocios en grande escala. Luis Eduardo Sánchez declara: "Por haberlo visto y presenciado me consta que Manuel y Trino Méndez, desde 1915 los conocí como personas que trabajaban independientemente por su propia cuenta en agricultura, ganadería y maderas, porque independientemente vendían sus artículos como de su legítima propiedad y recibían sus correspondientes valores. Que desde el año de 1915 mi padre Manuel Sánchez iba con su máquina de trillar por llamamiento o contrato con Manuel Méndez". Dice Ismael Bravo: "Es cierto que en los años de 1925 a 1926 fui administrador general de la Agencia Agrícola, y Manuel Méndez vendía a la agencia remesas de papa y trigo, cargamentos que yo le compré en mi calidad de administrador, como de su propiedad". Delfín Forero depone: "Me consta que Manuel y Trino Méndez, desde 1924 hasta 1929, continuamente me enviaban desde "Sabanaeta" a "Tierra Morada" madera, papa y trigo en regulares cantidades para que yo movilizara a flete en mis carros esos artículos. Y me consta que aquéllos vendían los días feriados en esta ciudad ganado vacuno, y compraban y vendían ganado desde 1924...". Y de este tenor son varias las declaraciones que hay en el expediente.

Fuéra de esto, en las pruebas presentadas por los demandados hay constancia de que se trata de hombres de destacada representación comercial, que han movido y mueven un apreciable volumen de negocios.

Todo esto y muchos datos más de que dan razón los autos, debieron influir en el ánimo del juzgador para no aceptar que los compradores eran unos muchachos descamisados a la época del contrato; y esa conclusión del Tribunal encuentra serio fundamento en el expediente, sin que puedan dar razón de lo contrario los testimonios de los testigos presentados por la parte actora.

Desde otro punto de vista, se invoca por el recurrente un error de hecho por parte del Tribunal; y ante lo expuesto no es posible aceptar un error que aparezca de manifiesto, como se exige en el número 1º del artículo 520 del C. Judicial.

Una convicción del Juzgador sobre indicios no necesarios pero sí graves, no puede desconocerse sino a través de manifiestos errores de hecho o de derecho que pugnen con la evidencia, ha dicho la Corte (G. J. LIV, pág. 62).

Objeta el recurrente de otro lado: Algunos testigos de la parte demandada hablan de que Josué Trino y Manuel J. Méndez expresan que éstos negociaban independientemente, por cuenta propia, y no manifiestan por qué les constan estas circunstancias, debido a que el Juez no los interrogó al tenor del artículo 688 del C. J., de manera que se infringió este artículo.

A lo cual se dice: bien puede suceder que algunos testimonios adolezcan de la deficiencia que apunta el recurrente, pero no todos. Y los testimonios son apenas parte del haz probatorio sobre el caso.

No puede prosperar este segundo motivo del recurrente, pues está fundada la resolución del Tribunal sobre este punto, y no pudo haber, entonces, violación de ninguno de los textos legales que cita el recurrente en capítulo especial.

Capítulo III

Se refiere este Capítulo a los vínculos de consanguinidad entre el vendedor y el comprador, que el recurrente considera como un indicio de simulación. Incidentalmente se trata en la demanda sobre este punto. Y se dice incidentalmente, porque el recurrente hace algunas alusiones en relación con el caso en el Capítulo IV destinado a presentar algunos puntos de vista para el evento de que la sentencia del Tribunal fuera casada.

Dice el recurrente:

"Los vínculos de consanguinidad entre las partes. Cobra una fuerza incontrastable este hecho indicativo de simulación si se le contempla en concurso con los anteriormente señalados. Tanta será la fuerza de este hecho como indicio de donación disfrazada de compraventa, que las leyes fiscales lo consideran por sí solo para efectos del impuesto, como presunción legal de donación entre las partes que se presentan en calidad de vendedor y comprador... No debilita el indicio en referencia la circunstancia de haberse otorgado la escritura únicamente a favor de dos de los hijos con exclusión del cónyuge y de los otros hijos, porque esto encuentra muy fácil explicación: los dos aparentes compradores eran los que más se apersonaban en el manejo de los negocios vin-

culados a la hacienda de su padre; eran los que mayor rendimiento económico le hacían producir. Es muy humano, por tanto, que el padre, ya en estado de decrepitud física y mental, se hubiera dejado llevar de un sentimiento de preferencia hacia esos dos hijos, traspasándoles a título de donación bajo las apariencias de compraventa la propiedad del inmueble a que tan estrechamente vinculados se hallaban, bajo la promesa de que la familia seguiría establecida en ella, como en efecto ocurrió. Esto no es raro. Es de muy frecuente ocurrencia en la práctica, especialmente en el medio social y económico que aquí se contempla”.

Se ha visto hasta aquí que el Tribunal, después de un examen de todo el acervo probatorio de ambas partes, no llegó a la conclusión de que los indicios considerados por los demandantes tuvieran vitalidad jurídica para desconocer la realidad de lo contratado por la escritura 328 de 6 de diciembre de 1927, Notaría de La Vega, escritura que es el norte de este juicio. Y las alegaciones del recurrente no infirman ni pueden infirmar esa conclusión del Tribunal, ni la Corte encuentra motivos para desconocerla. En muchos casos la Sala ha expuesto esta doctrina, que en simple expresión se encuentra en uno de sus fallos: “Cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el Juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se desprende tal

tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del C. Judicial que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar. Deja de esta manera el derecho positivo a la conciencia del juez la valorización de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica, en materia de probanzas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas”. (G. J. LV, página 313).

Todo lo cual quiere decir que no son atendibles las razones expuestas por el recurrente en la demanda que se ha examinado, por lo cual 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 del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha diez y nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS CON LA DECLARACION ADMINISTRATIVA DE CADUCIDAD DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—TECNICA DE CASACION. — REQUISITOS DE LA DEMANDA CUANDO LA ACUSACION ES POR ERROR DE HECHO O DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

1.—Es abundante la jurisprudencia de la Corte acerca de las condiciones que debe reunir la presentación del cargo que se formule con fundamento en errores de hecho o de derecho en materia de pruebas. El recurrente debe cumplir con tres requisitos: Primero, señalar con precisión las pruebas que en su concepto fueron interpretadas erradamente por el Tribunal; segundo, probar que esa mala apreciación constituye un error de hecho apreciable de modo evidente en los autos, o que se incurrió en error de derecho en la interpretación de los textos legales que regulan dichas pruebas; y tercero, demostrar que tal error en la prueba condujo al Tribunal a la violación de una norma legal sustantiva, la cual debe ser citada y comentada para el efecto de precisar si el quebranto de la ley se produjo por violación directa, aplicación indebida, o interpretación errónea.

2.—La cuantía de un contrato de arrendamiento para efectos de la competencia de los jueces que conozcan de litigios relacionados con él, es muy distinta del valor del contrato para el efecto de los requisitos solemnes que en su celebración deban cumplirse conforme a las disposiciones especiales sobre la materia.

3.—Para que las tesis o doctrinas expuestas en la sentencia materia del recurso de casación, puedan dar margen a configurar la causal primera del artículo 520 del C. J., es indispensable que el recurrente demuestre que en virtud de ellas se violaron leyes sustantivas y explique además el concepto de su violación. Por sí solas las tesis equivocadas que contenga la sentencia de segunda instancia no dan base para la casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, marzo cinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Bonilla Gutiérrez)

Con fecha 30 de septiembre de 1944 el apoderado de Roberto Rodas instauró demanda ante el Juez 2º Civil del Circuito de Manizales para que mediante los trámites de un juicio ordinario y con intervención del Agente del Ministerio Público, se condene al Municipio de Manizales:

“Primero.—A pagar a mi mandante señor Roberto Rodas la suma de **once mil doscientos pesos** (\$ 11.200) moneda legal, o la que en el curso del juicio se determine por medio de peritos, como valor de los perjuicios materiales que en calidad de daño emergente le ocasionó el Municipio de Manizales, por motivo de haber el señor Alcalde Municipal, declarado la caducidad administrativa del contrato de 19 de agosto de 1943, contrato al cual le faltaba para su terminación, un período de catorce meses. — Segundo. A pagar a mi mandante señor Roberto Rodas la cantidad de **once mil doscientos pesos** (\$ 11.200) moneda legal, o la que en el curso del juicio se determine por medio de peritos, como valor de los perjuicios materiales que en calidad de lucro cesante le ocasionó el Municipio de Manizales, por motivo de haber el señor Alcalde Municipal, declarado administrativamente la caducidad del contrato de 19 de agosto de 1943, celebrado con mi mandante, por dicho funcionario, y al cual le faltan para su terminación catorce meses. — Tercero. A indemnizar a mi mandante, en la forma expresada en las dos peticiones anteriores, o en la que en el curso del juicio se determine, por los perjuicios que el Municipio de Manizales le ocasionó a mi mandante, a consecuencia de haber el señor Alcalde Municipal declarado administrativamente, la caducidad del contrato, de 19 de

agosto de 1943, faltándole aún un período de catorce meses para terminarse”.

Los hechos aducidos como fundamento de las anteriores peticiones se resumen así: Entre Roberto Rodas y el Alcalde Municipal de Manizales se celebró un contrato por medio del cual el Municipio daba a Rodas en arrendamiento durante dos años la pista de carreras del Estadio de Palogrande. El Alcalde celebró el contrato sin someterlo a ulterior aprobación del Concejo, facultado por el artículo 4º de la Ley 72 de 1926, en concordancia con las disposiciones de la Ley 89 de 1936. El arrendatario se comprometió a verificar un mínimo de treinta reuniones hípias en el curso de los dos años y a pagar cincuenta pesos (\$ 50.00) al Municipio por cada reunión. Rodas cumplió correctamente todas sus obligaciones pero a los diez (10) meses de estar en vigencia el contrato, el Alcalde lo declaró administrativamente caducado por no tener veterinario la empresa hípica y haber incluido en un programa de carreras una bestia que no se hallaba en condiciones adecuadas para correr. El Decreto de la Alcaldía invocado en la Resolución de caducidad establece que el veterinario lo debe nombrar el Alcalde y el sueldo correspondiente pagarlo la Empresa. En consecuencia, no habiendo sido nombrado tal funcionario por la autoridad a quien correspondía hacerlo, no puede atribuírse al contratista culpa alguna en ello. No existió, pues, la falta grave imputable al arrendatario, que según el contrato daría motivo a la caducidad del mismo. El señor Rodas ha sufrido perjuicios por concepto de lucro cesante y daño emergente que estima en la suma de diez y nueve mil pesos (\$ 19.000.00).

Admitida la demanda y corrida en traslado al Personero Municipal, éste la contestó oponiéndose a las peticiones y proponiendo la excepción de incumplimiento del contrato por haber funcionado la Empresa sin veterinario contra lo prescrito en el Decreto Municipal, reglamentario de Carreras.

Primera instancia

El Juez del conocimiento hizo en la parte motiva de su fallo las siguientes consideraciones: El plazo estipulado para la duración del contrato fue de dos años; el valor del arrendamiento por cada domingo de reunión hípica quedó fijado en \$ 50; el contratista Rodas se comprometió a verificar durante aquel tiempo un mínimo de 30 reuniones

hípicas. De acuerdo con tales cláusulas, el valor del arrendamiento no era inferior a \$ 1.500. Lo que determina la cuantía de un contrato de ejecución periódica es el valor de la obligación durante toda su vigencia, y no el de las prestaciones o créditos en que ella se descompone aislada y sucesivamente. Aplicado este criterio para fijar el monto del contrato, resulta evidente que el Alcalde no podía celebrarlo sin posterior aprobación del Concejo, pues el artículo 4º de la Ley 72 de 1926 no faculta a aquel funcionario para contratar con autonomía sino hasta por \$ 1.000. Sobrepassando el aludido contrato esta suma, al celebrarlo el Alcalde no podía vincular jurídicamente a la entidad por él representada; por lo tanto, el contrato quedó imperfecto y no alcanzó vida jurídica ninguna; “Las formalidades y requisitos que la ley prescribe en materia de contratos celebrados en nombre de las entidades de derecho público, son solemnidades en cuya observancia va envuelta hasta la noción de orden público, en cuanto ésta preside la defensa de los derechos de los incapaces”. Como en el caso **sub judice** el contrato no fue celebrado legalmente porque se omitió la formalidad esencial de someterlo a la aprobación del Consejo, no produjo ningún efecto civil, no alcanzó a ser ley entre las partes. En tales condiciones, la Resolución de caducidad en que se funda la demanda no lesionó jurídicamente ninguna situación que debiera respetarse, ni pudo así dar origen a la acción de perjuicios incoada.

El Juzgado dictó sentencia absolviendo al Municipio de los cargos formulados en la demanda.

La sentencia recurrida

El demandante apeló, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, después de acoger en su integridad la tesis del Juez a quo, dictó sentencia fechada el 7 de octubre de 1947, mediante la cual confirmó el fallo apelado.

El recurso

En oportunidad el demandante interpuso el recurso de casación que, después de agotado el trámite legal, pasa la Sala a decidir.

Las causales de casación alegadas

El único cargo contra la sentencia se presenta por violación directa de los artículos 4º de la Ley

72 de 1926, artículos 1º y 2º de la Ley 89 de 1936, Ley 195 de 1936, artículos 1973, 1974, 1975, 1976, 1982, 1983, 2002, 2003, 2008, 1602, 1603, 1613, 1614, 2341 del C. C.; artículo 1118 del C. J. y 55; 734 y 55 del C. J.; Decreto reglamentario de Carreras número 19 de 1939 de la Alcaldía de Manizales, debida tal violación según la propia expresión del recurrente, a la "aplicación errónea del derecho" y a "errores de hecho y de derecho".

El recurrente fundamenta su acusación con los siguientes argumentos: La cláusula décimaquinta del contrato celebrado entre el Municipio de Manizales y el señor Roberto Rodas dejó establecido que "el valor del arrendamiento del Estadio será el de \$ 50.00 por cada domingo de reunión hípica", luego dicho contrato vale \$ 50.00 y no los \$ 1.500 que resultan de multiplicar el valor del cánon por el número mínimo de reuniones hípicas que el arrendatario se comprometió a celebrar durante la vigencia del convenio. Al efecto cita el artículo 1118 del Código Judicial que dice: "Para la determinación de la cuantía en los juicios en que se ocupe este título se debe tener en cuenta, si se trata de un arrendamiento, lo que valga el arriendo de un mes y el valor de la cosa, en los demás casos". Lo preceptuado en este artículo encuentra su apoyo en la noción de "tracción" en el contrato, según la cual —como dice Ripert— "los efectos del contrato que han de producirse en el tiempo van entrando a la vida jurídica tan sólo a medida que se van produciendo". Al tenor de esta teoría, agrega el recurrente, "sumar como existentes, cánones o precios de un arrendamiento cuando aún no se han producido para determinar la cuantía de un contrato es un palpable error jurídico".

De otra parte, la resolución por medio de la cual fue declarada la caducidad del contrato, se basó en el retiro de la lista de carreras de una bestia estropeada y en no haber tenido la empresa a su servicio un veterinario oficial; la primera causal no tiene más sanción que una multa, según el reglamento de carreras, y la segunda no era tampoco procedente puesto que el Alcalde debía nombrar el veterinario. Resulta así contrario al principio general de derecho según el cual "nadie puede aprovecharse de su propia falta o negligencia", que la Alcaldía se valga de su propia omisión para decretar la caducidad del contrato.

Se considera:

Planteado el recurso en la forma expuesta, observa la Sala que no puntualizó el recurrente los

motivos de violación de los textos legales invocados, y no señaló con precisión los errores de hecho y de derecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas, como debía hacerlo para demostrar en forma razonada en qué consiste cada uno de ellos. Es abundante la Jurisprudencia de la Corte acerca de las condiciones que debe reunir la presentación del cargo que se formule con fundamento en errores de hecho o de derecho en materia de pruebas. El recurrente debe cumplir con tres requisitos: Primero, señalar con precisión las pruebas que en su concepto fueron interpretadas erradamente por el Tribunal; segundo, probar que esa mala apreciación constituye un error de hecho apreciable de modo evidente en los autos, o que se incurrió en error de derecho en la interpretación de los textos legales que regulan dichas pruebas; y tercero, demostrar que tal error en la prueba condujo al Tribunal a la violación de una norma legal sustantiva, la cual debe ser citada y comentada para el efecto de precisar si el quebranto de la ley se produjo por violación directa, aplicación indebida, o interpretación errónea. Mas en el presente caso, en cuanto se refiere a la aplicación de error de derecho y de hecho en la prueba, el recurrente se limita a hacer la afirmación genérica contenida en el párrafo que encabeza el capítulo 2º sobre fundamentos de la casación, y deja sin satisfacer todas las condiciones que se acaban de señalar. Por consiguiente, la Sala se abstiene de considerar el cargo en lo relativo a error de hecho y de derecho.

Cita el recurrente como violado por la sentencia del Tribunal el Decreto número 19 de 1939 de la Alcaldía de Manizales, reglamentario del espectáculo de carreras de caballos en esa ciudad. La Sala observa al respecto que no es motivo de casación la violación de normas municipales puesto que el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial habla en forma expresa de ley sustantiva y por ella se entienden los preceptos de derecho positivo de carácter nacional, como es cuestión no discutida por nadie.

Igualmente, cita el recurrente como violados los artículos 4º de la Ley 72 de 1926 y 1º y 2º de la Ley 89 de 1936, que facultan al Jefe de la Administración Municipal en ciudades como Manizales para contratar hasta por \$ 1.000 sin ulterior aprobación del Concejo. Mas tampoco en este caso expone el recurrente las razones en que fundamenta su concepto, ni fija el sentido en que fueron violados estos textos por la sentencia del Tri-

buna], ya que después de citarlos dentro del conjunto de disposiciones que estima infringidas, en el desarrollo de la causal no volvió a ocuparse de ellos.

En cuanto a la violación de la ley 195 de 1936, ni siquiera indica el recurrente cuáles de sus artículos fueron los concretamente quebrantados. Por otra parte, dicha ley se refiere a facultades del Concejo Municipal de Bogotá, extensivas a los Cabildos de Municipios que reúnan las condiciones exigidas en los artículos 1º y 2º de la Ley 89 de 1936. Es decir, no se ve siquiera la pertinencia de la cita de dicha Ley, hecha en la demanda de casación.

Asimismo se citan como violados los artículos 1973, 1974, 1975, 1976, 1982, 1983, 2002, 2003, 2008, 1602, 1603, 1613, 1614 y 2341 del Código Civil. Respecto a este grupo de disposiciones observa la Sala que con excepción del artículo 2002, los demás textos no aparecen comentados en parte alguna de la fundamentación del recurso. Por este motivo no se conocen las razones que haya querido invocar el demandante en casación para sustentar el correspondiente cargo, y la Sala no encuentra así asidero para entrar a estudiar la posible violación de los preceptos legales indicados. Los artículos 1973 y 1976 se refieren a la noción de contrato de arrendamiento y a sus condiciones de objeto y precio; los artículos 1982 y 1983 contemplan las obligaciones del arrendador; los artículos 2003 y 2008 hablan de la culpa del arrendatario como determinante de la expiración del contrato y de las causales de terminación del arrendamiento; los artículos 1602, 1603, 1613 y 1614 tratan del efecto de las obligaciones, y el artículo 2341 de la responsabilidad por el delito o culpa que ha inferido daño a otro. Como se advierte fácilmente, las materias tratadas por tales preceptos son tan amplias y diversas, que sin determinar concreta y claramente el demandante en casación el modo como a su juicio los violó el Tribunal, la Corte está en imposibilidad de precisar el sentido de la acusación que se formula en relación con ellos.

El artículo 2002 del Código Civil dispone que el pago del precio o renta se hará en los períodos estipulados y en subsidio de estipulación o costumbre, en forma mensual si se trata de predios urbanos, o anual si de rústicos. No encuentra la Sala en qué forma se haya podido violar esta disposición, ya que no ha sido cuestión discutida siquiera en este juicio la forma como debía hacerse por el demandante el pago del canon

de arrendamiento del hipódromo. El contrato estipula como valor del arrendamiento la suma de \$ 50.00 por cada domingo de reunión hípica, y dice que los pagos deben hacerse semanal o mensualmente, por anticipado.

De lo dicho se deduce que no hay fundamento para estimar como violado el artículo 2002 del Código Civil, fuera de que tampoco el recurrente puntualiza el sentido y la causa de tal violación, pues se limita a transcribir la disposición legal después de copiar un extracto de la sentencia de casación fechada el 24 de noviembre de 1920, cuya relación con el mencionado artículo no aparece en forma clara, ni el demandante en casación explica.

El recurrente señala como violados por el Tribunal los artículos 1118 y siguientes y 734 y siguientes del Código Judicial. En primer término se anota que está reñida con la técnica de casación esta forma de indicar los textos violados. Hablar de artículos siguientes en este recurso es completamente inaceptable, toda vez que no se sabe si se trata de dos o tres que le siguen o de los demás que constituyen el respectivo capítulo, o título, o libro del Código respectivo. Y no parece ocioso repetir que el demandante en casación debe indicar exactamente las disposiciones legales que considera quebrantadas. Tampoco menciona siquiera la demanda el concepto de la violación del artículo 734 del Código Judicial que simplemente aparece citado en el encabezamiento de la formulación de la causal, y cuya pertinencia al caso no se comprende desde luego que se refiere al procedimiento en los juicios ordinarios.

Por otra parte, el artículo 1118 del Código Judicial trata de la cuantía, para efectos de la competencia en los juicios de arrendamiento o de tenencia a título distinto, en la siguiente forma: "Para la determinación de la cuantía en los juicios en que se ocupe este título se debe tener en cuenta, si se trata de un arrendamiento, lo que valga el arriendo de un mes, y el valor de la cosa, en los demás casos". El artículo citado es norma de carácter puramente procesal y no puede invocarse en casación para los efectos de la causal primera del artículo 520 del mismo Código, pues ésta solamente se aplica a la violación de leyes sustantivas, como ya se ha dicho. No obstante, observa la Sala que la cuantía de un contrato de arrendamiento para efectos de la competencia de los jueces que conozcan de litigios relacionados con él, es muy distinta del valor del contrato para el efecto de los requisitos

solemnes que en su celebración deban cumplirse conforme a las disposiciones especiales sobre la materia.

En concepto del recurrente el Tribunal incurrió en aplicación errónea de la noción de "tracción" en el contrato y se equivocó al sostener la tesis de que el precio de tal contrato es el resultado de multiplicar la suma de \$ 50 por el número mínimo de reuniones hípicas. Pero no estableció la repercusión que dichos conceptos hubieran tenido en la violación concreta de la ley sustantiva, ni mucho menos expuso en qué consistió el error en la apreciación de las pruebas pues ni siquiera tuvo el cuidado de señalar una respecto de la cual se hubiera incurrido en tales errores.

Para que las tesis o doctrinas expuestas en la sentencia materia del recurso de casación, puedan dar margen a configurar la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, es indispensable que el recurrente demuestre que en virtud de ellas se violaron leyes sustantivas, y explique además el concepto de su violación. Por sí solas las tesis equivocadas que contenga la sentencia de segunda instancia no dan base para la casación. Cuando se trata de error en la prueba, el interesado ha de señalar con exactitud en qué

consistió aquél y cuáles fueron las pruebas indebidamente apreciadas o no tenidas en cuenta por el Tribunal, especificando también si tal error fue de hecho o de derecho. Nada de esto aparece expuesto en el cargo que se estudia, y por lo tanto a la Sala no le está permitido suplir la falta de condiciones tan esenciales para la prosperidad del recurso.

De lo expuesto se concluye que no existe fundamento para que pueda tener éxito el único cargo formulado en la demanda de casación.

Por cuanto se ha dicho, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal de Manizales, fechada el 7 de octubre de 1947.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de origen.

Alfonso Bonilla Gutiérrez—Gerardo Arias Mejía—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — REQUISITOS PARA QUE SE CUMPLA LA ACCESSION POR ALUVION. — PARA LA DISTRIBUCION DE UNA ISLA NUEVA NO SE TIENE EN CUENTA LA PROXIMIDAD DE ISLAS YA EXISTENTES, SINO UNICAMENTE LA CERCANIA A CADA UNA DE LAS RIBERAS

1.—De los artículos 713, 712 y 720 del C. C. se desprende que para que se cumpla el fenómeno jurídico de la accesión por aluvión, es menester que la ribera se aumente por razón del lento e imperceptible retiro de las aguas y que ese retiro sea definitivo, como lo requiere el 2º del artículo 720. Es decir, se necesita como condición esencial que el acrecentamiento de la ribera provenga del imperceptible retiro de las aguas.

Salta a la vista que en el caso de autos en que se trata de dos islas independientes que estaban separadas por un brazuelo del río, con individualidad física anterior a su unión, no pueden aplicarse esas reglas, so pretexto de que el brazuelo del río quedó en seco y las dos islas se juntaron, porque el retiro de las aguas no descubrió el terreno de la segunda isla, que ya existía con anterioridad a ese retiro, sino el simple cauce del brazuelo que separaba las dos islas.

En este caso habría lugar a accesión con aplicación de la regla final del inciso 1º del artículo 724 *ibidem*, pero sólo en lo relativo a parte del cauce que quedó en seco.

2.—Según la regla 4ª del artículo 726 del C. C., “para la distribución de una nueva isla, se prescindirá enteramente de la isla, o islas que hayan preexistido a ella; y la nueva isla accederá a las heredades riberañas, como si ella sola existiese”.

Refiriéndose a la regla 4ª del artículo 456 del Código Civil de Chile que en este punto es exactamente igual a la antes transcrita del Código Colombiano, dice el autorizado comentador chileno Luis Claro Solar, lo siguiente, que la Corte acoge:

“Si con posterioridad a la formación de una isla, aparece otra entre ésta y una de las riberas, la accesión se verifica siempre con relación a las riberas, como si aquella isla no existiera”.

“Por consiguiente, aunque la nueva isla

se forme muy próxima a la anteriormente formada, pertenecerá toda ella a los propietarios de las riberas de que la nueva isla queda más cercana toda ella y no tendrán parte alguna los propietarios de la ribera opuesta aunque la isla preexistente les pertenezca a ellos exclusivamente. En otros términos, la isla antigua no se toma como ribera, ni aproxima la ribera a las nuevas islas para los efectos de la repartición de la accesión”. (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, T. VII, pág. 192).

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

María Francisca Rivas de Medina propuso ante el Juez Civil del Circuito de Purificación demanda ordinaria contra Modesto Vergara y la sucesión de Víctor Bocanegra, representada por sus albaceas, Ricardo y Alfredo Bocanegra, para que se declare que la sucesión de Inés Leiva de Rivas es dueña del terreno conocido con el nombre de “Isla de Miraflores” o “Vega de Miraflores”, cuyos linderos se determinaron en el hecho veinte de la demanda; que en consecuencia, los demandados, en condición de poseedores de mala fe, están obligados a restituirlo junto con sus frutos.

Como fundamentos de la demanda se expresaron, entre otros, los hechos siguientes:

“1º A la señora Inés Leiva de Rivas se le adjudicó el predio denominado ‘El Baurá’, conforme aparece de la escritura número 304 de 25 de marzo de 1918 de la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá, en la sucesión del señor Francisco Caycedo, o sea la partición material de los bienes pertenecientes a dicho señor Caycedo;

“2º Dicha señora Inés Leiva de Rivas falleció, dejando como universal heredera a la señora María Francisca Rivas de Medina;

"3º La causante, hoy su sucesión, está en posesión de dicho lote de terreno adquirido mediante la adjudicación mencionada, ejerciendo sobre él actos de posesión y dominio en calidad de dueña y titular del mismo terreno;

"4º Como parte perteneciente al lote 'El Baurá' y de acuerdo con los títulos inscritos que con esta demanda se presentan, la señora Inés Leiva de Rivas, luego su sucesión representada por la señora María Francisca Rivas de Medina, se ha venido transmitiendo y poseyendo la isla del mismo nombre denominada 'El Baurá', ejerciendo los actos propios de un propietario, como lo son los cultivos de pastos, encerramientos con cercos y el goce total del dicho inmueble. Esta isla denominada 'El Baurá', y que se encuentra dentro de las líneas de demarcación y que corresponden a la parte firme de la hacienda o lote denominada 'El Baurá', o sea entre las dos desembocaduras del río Chenche, y de la quebrada de Guarapo, fuera de la posesión material mencionada, ha sido titulada como perteneciente a la hacienda de Saldaña, y luego al lote de 'El Baurá', conforme puede verificarse de la titulación que con este libelo se acompaña y de los demás elementos de juicio que luego se acompañan con dicho propósito.

"5º Esta isla denominada 'El Baurá', y que constituye una propiedad independiente, y sometida a las reglas jurídicas del dominio, aumenta en extensión superficial o disminuye según las grandes avenidas del río Magdalena, pero siempre formando una propiedad completa y singular, pues siempre ha constituido un cuerpo cierto, singular y determinado; y en ningún caso varias islas separadas.

"6º El río Magdalena, en la parte oriental de dicha isla del Baurá, se dividió en dos brazos, formando o constituyendo al parecer dos islas, la denominada y que estaba en posesión y está actualmente la hacienda de "El Baurá", y la que se venía constituyendo con motivo de la división de los dos brazos del Magdalena. Esta nueva isla, que la parte demandada dijo llamar "Vega Isla de Miraflores", también la venía poseyendo al ejercer actos de posesión sobre la totalidad de la isla mayor denominada "El Baurá", con el paso de sus ganados a él, y el goce por éstos de los terrenos a medida que iban siendo abandonados por las aguas.

"7º—El río Magdalena resolvió seguir sus aguas mayores por uno de los brazuelos que separados constituían o venían constituyendo la isla

llamada como se ha dicho "Vega Isla de Miraflores" por los demandados, cegándose a la vez uno de los brazuelos, quedando entonces unida a ella a la propiedad independiente o singular de la isla denominada "El Baurá" y constituyendo una sola propiedad;

"8º—Esta isla tiene actualmente una extensión superficial de más de cuatro hectáreas y continúa llamándose Vega de Miraflores vega del mismo nombre (sic) a pesar de que ya no está separada de la Isla del Baurá, o sea de posesiones de la señora Inés Leiva de Rivas, hoy día su sucesión, y no constituye propiamente una isla desde que no existe independientemente. Esta isla o Vega de Miraflores, determinada en la demanda de lanzamiento seguida por Modesto Vergara y Víctor Bocanegra Arias, es la misma que fue entregada por orden del señor Juez Primero del Circuito Civil de Purificación, en ejecución de su sentencia que fue confirmada por el H. Tribunal Superior. Tal entrega la hizo el señor Alcalde del Municipio de Purificación, y allí constan las mismas determinaciones que se señalaron en la demanda de restitución por ocupación de hecho;

"9º—Estos nuevos terrenos que constituyeron en un principio la isla de Miraflores y luego la Vega del mismo nombre, no solamente no los han poseído exclusivamente los demandados, ni por sí, ni por interpuesta persona, sino que no tienen derecho a ellos, por ningún título, ni por accesión; ya que no son riberanos y no se encuentran dentro de sus líneas de demarcación, y ya también porque al unirse a la propiedad de la Isla del Baurá como consecuencia de dicho dominio, pertenece ella al propietario de dicha Isla del Baurá, o posesiones del mismo nombre;

"10º—Los demandados son poseedores de mala fe porque no solamente saben que no son dueños, sino que han pretendido fundar su dominio en una posesión o base de violencia sobre los ganados y en un carácter de riberanos que no tienen; y que por lo demás en ningún momento ha sido exclusiva;

"11º—La isla denominada "El Baurá", y poseída por la señora María Francisca Rivas de Medina, a nombre de la sucesión de la señora Inés Leiva de Rivas, hoy día su sucesión (sic) se encuentra dentro de las líneas de demarcación de los terrenos señalados con el mismo nombre y que se adjudicaron a la señora Inés Leiva, en la partición de los bienes del señor Caycedo, su trahente, como que se encuentra precisamente co-

locada dentro de los dos extremos señalados como lugares en donde se transmiten las islas existentes, o sea el paso llamado el desemboque, en el río Chenche, de este paso Chenche aguas abajo, hasta la boca de la quebrada de Guarapo. Es decir, se encuentra dentro de las dos desembocaduras mencionadas, y así quedó constatado en la diligencia de inspección ocular practicada por el H. Tribunal Superior de Ibagué;

"12º—Esta isla del Baurá, y que está separada de la isla denominada Miraflores por el brazuelo ya segado (sic) del río Magdalena, y por la cerca divisoria trazada el día lunes diez y ocho de los corrientes —noviembre de 1946— en virtud de orden de la Alcaldía que hizo la entrega, y extendida por el mencionado brazuelo ya extinguido, tiene los siguientes linderos: Por el occidente río Magdalena de por medio, con tierras pertenecientes a la hacienda de El Baurá, y casa de dicha hacienda; por el oriente brazuelo del río Magdalena conocido con el nombre de Miramar y que separa dicha hacienda de Miramar con la Isla o posesiones del Baurá; por el norte, posesiones de la hacienda Santa Lucía, de propiedad de Don Carlos Pacheco, y posesiones de una isla formada en el río Magdalena y que posee la sucesión de la señora Inés Leiva de Rivas, hoy día su heredera; y por el sur la Vega de Miraflores poseída actualmente por Modesto Vergara y herederos de Víctor Bocanegra, en cumplimiento de la orden de lanzamiento;

"17º—Esta isla poseída durante un tiempo inmemorial por la sucesión demandante y sus tridentes anteriores, pertenece a dicha sucesión, en virtud de los títulos inscritos referidos y en virtud de la posesión ininterrumpida de dichos titulares inscritos;

"20º—La isla o Vega de Miraflores, poseída por los demandados Modesto Vergara y Víctor Bocanegra, hoy día su sucesión, tiene los siguientes linderos especiales: "Por el oriente, brazuelo de por medio, con el referido predio de Burgos y Dormilón, fracción de Santa Lucía; por el norte, un chorro o brazuelo del río Magdalena que se une con el anterior; por el occidente, el mayor caudal del río Magdalena; y por el sur brazuelo de por medio que está actualmente cegado, con predio que posee la señora María Francisca Rivas de Medina o la sucesión de la señora Inés Leiva de Rivas".

Tramitado el juicio con oposición de parte de los demandados, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 10 de noviembre de 1947,

por medio de la cual declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y los absolvió de los cargos que se les formularon, sin costas.

Apelado ese fallo por la actora, subió el negocio al Tribunal Superior de Ibagué, el que en sentencia de nueve de diciembre de 1948, confirmó la apelada.

Para llegar a esa solución el Tribunal se apoya en las siguientes consideraciones:

Admitió que con la Escritura Pública Nº 304 de 25 de marzo de 1938 se demuestra plenamente el dominio que Inés Leiva de Rivas —hoy su sucesión— ha tenido tanto sobre el terreno firme del Baurá, como de la isla del mismo nombre.

Sentado lo anterior dice que el punto que se debate en el pleito consiste en saber si el terreno o isla de Miraflores forma parte de la "Isla del Baurá", o en otros términos, si el dominio que la demandante tiene sobre la Isla del Baurá se extiende a la de Miraflores, y al respecto expresa:

"Se dice por la parte demandante que la isla de Miraflores es una accesión del terreno del "Baurá". No expresa la demanda si esta accesión debe considerarse con relación a la tierra firme o al terreno de la isla. Pero tanto de los hechos 6º y 7º de los fundamentales de la demanda, como de las alegaciones de la misma parte, se deduce que se trata de una accesión a los terrenos de la isla del Baurá".

Luego de transcribir los artículos 713 y 719 del C. C. y apartes de la diligencia de inspección ocular practicada por el sentenciador en los terrenos y lugares materia de la controversia expresa:

"De acuerdo con todo esto no queda duda alguna de que la Isla o Vega de Miraflores, no empezó a formarse a continuación de los terrenos de la isla del Baurá, sino **absolutamente** por el lado contrario. Porque según la propia declaración de Benjamín Góngora, testigo presentado por la parte demandante y la de Santos Sabogal, el terreno de Miraflores empezó a formarse sobre el brazo marcado en el croquis con las letras F. G. y fue creciendo hacia el sur, hasta el brazuelo marcado con las letras E. D. que lo separaba de la isla del Baurá. Y porque el Tribunal de manera visual pudo constatar que el terreno en la actualidad está formado de manera que son verídicas las exposiciones de dichos testigos".

Sostiene que "lo que se ha demandado es un

aluvión de la Isla del Baurá y que eso lo confirman los apartes que copia de los alegatos de los apoderados de la parte demandada, y al redor de ese tema expresa:

"De acuerdo con estos pasajes, para la parte demandante se adquiere, por accesión, todo lo que se junta a una cosa, no importa cómo se junte, ni las prescripciones legales que regulan aquel fenómeno. ¿Qué diría la misma parte si mañana se secara el brazuelo del río Magdalena que deslinda la isla del Baurá de las tierras firmes de Miramar, pretendería que todas esas tierras firmes accedían a la isla del Baurá o entregaría esta isla a los dueños de la tierra firme de Miramar? Porque este es el dilema que se plantea con la tesis de la parte demandante. Pero es que la accesión sólo es pertinente en los casos especificados por la misma ley. Y entonces, como ya se dijo, en tratándose de bienes raíces, los principales casos de accesión son el aluvión, la formación de nuevas islas y el abandono de los cauces de los ríos. En el caso de autos, se repite, la isla o Vega de Miraflores no puede considerarse como un aluvión de la isla del Baurá porque aquel terreno no se formó a continuación de la isla del Baurá, y por el retiro lento e imperceptible de las aguas del río Magdalena, sino todo lo contrario, como que empezó a formarse por su lado norte y concluyó su formación contra el brazuelo que lo separaba de la isla del Baurá.

"Por la misma parte demandante se alega que con estas dos islas —la del Baurá y la de Miraflores— se cumplen los requisitos a que se refiere el ordinal 5º del art. 726 del C. C. que es de este tenor: "5º—Los dueños de una isla formada por el río, adquieren el dominio de todo lo que por aluvión accede a ella, cualquiera que sea la ribera que diste, menos el nuevo terreno abandonado por las aguas".

"Como se ve, para que la isla de Miraflores accediera a la del "Baurá" se necesitaría que aquélla constituyera un aluvión de ésta. Y ya se ha visto, hasta la saciedad, que este fenómeno no se cumplió.

"Y que el terreno de Miraflores se ha demandado como un aluvión de la isla del Baurá y no como una nueva isla que pertenezca por accesión a las tierras firmes del Baurá lo dice también con deslumbrante claridad el doctor Altuzarra Lezama, apoderado de la demandante en esta segunda instancia, en su alegato de conclusión".

No obstante las anteriores consideraciones, y como para abundar en razones, el sentenciador

entró a estudiar la cuestión de "si el terreno de Miraflores puede considerarse como una nueva isla que pertenezca, por accesión, a los dueños de los terrenos firmes de la hacienda de Baurá", sobre la cual, después de transcribir lo estatuido por el art. 726 del C. C. dijo:

"Ya se vio que en la diligencia de inspección ocular practicada por este Tribunal se dejó expresa constancia de que "el predio de Isla o Vega de Miraflores se halla más cercano del predio firme de Burgos y Dormilón pues sólo lo separa de éste un brazuelo del río Magdalena conocido con el nombre de Miramar. De los predios firmes del lado occidental lo separan las mayores aguas del río Magdalena". Y en esto estuvieron de acuerdo ambas partes. Siendo así que el terreno litigioso se halla todo más cercano al predio firme de "Burgos" o "Dormilón", como que sólo está separado de éste por un brazuelo del río Magdalena, mientras que con relación a los terrenos firmes del Baurá está separado por las mayores aguas del mismo río, es claro que según el primer párrafo del ordinal 3º del artículo 726 del C. Civil, los dueños de los terrenos del Baurá no pueden alegar, por accesión, el dominio de los terrenos de Miraflores".

Añadió por último que tampoco se demostró que el terreno de Miraflores quedara comprendido dentro de las respectivas líneas de demarcación de la hacienda del Baurá, pues mediante el análisis que hizo desechó la conclusión a que sobre ese particular llegaron los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular.

"Consecuencia de todo lo anterior es que la parte demandante no ha probado en este juicio que tenga derecho de dominio sobre la isla o vega de Miraflores. Y faltando este requisito esencial para que prospere la acción de reivindicación, los demandados deben ser absueltos. Y por lo mismo sobra el estudio de la excepción perentoria que propuso el apoderado de los demandados".

Al personero de la parte demandante se le concedió recurso de casación, el que admitido y tramitado en debida forma se procede a decidir.

Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J. el recurrente propone contra la sentencia los cargos que en seguida se consideran.

Primer cargo. Dice el recurrente que para el Tribunal la unión o incorporación de una isla en formación o sea de nuevos terrenos que carecen de dueño a una propiedad delimitada y definida no significa accesión, a pesar del texto del artículo

lo 713 del Código Civil, con lo cual desconoce "que lo esencial en todo aluvión es el aumento de una heredad de nuevos terrenos que se le agregan, sin que tenga importancia que la formación de éstos haya principiado en punto distante de la propiedad acrecentada"; que el problema por resolver en el caso de autos es a quién "pertenecen estos terrenos que carecen de dueño, pues han surgido a la vida como isla y su formación ha constituido precisamente el presente litigio"; que no se ve "cómo la sentencia niega la declaración de propiedad y con aplicación del principio contenido en el artículo 713 del C. C. que da al propietario el derecho de adquirir todo lo que producen sus bienes o se incorpora a ellos natural o artificialmente, cuando reconoce que está probada la propiedad sobre la isla del Baurá y el objeto litigioso se encuentra unido a dicha propiedad"; que lo esencial en el fenómeno de la accesión por aluvión es el aumento de una ribera por el lento e imperceptible retiro de las aguas, sin que tenga trascendencia el proceso inicial, pues basta la citada circunstancia; que en consecuencia "el Tribunal violó por errónea interpretación los artículos 713 y 719 a 726 del C. C.", las que también aplicó indebidamente "al no establecer la semejanza que existe entre el caso de autos y la hipótesis legal de accesión por aluvión y a que se refieren los artículos 719 y 720 del C. C."

En seguida agrega que "como el H. Tribunal Superior de Ibagué al sostener que el terreno litigioso no se formó a continuación de la Isla del Baurá y por el retiro lento e imperceptible de las aguas, a pesar que no desconoce que esa zona forma con dicha propiedad una sola y única propiedad y que el cauce que la separaba anteriormente quedó en seco aumentándose así esa ribera, entonces la violación viene a ser también como consecuencia del desconocimiento de hechos como los anteriores y que constituyen las circunstancias relevantes para un aluvión de dicha propiedad exclusivamente. Es decir, la violación viene a ser entonces por falta de valoración jurídica de dichos hechos.

"Esos hechos constan en el acta de inspección ocular, en el dictamen de los peritos, en las copias acompañadas con la demanda, y en las copias agregadas al juicio durante el término probatorio por la parte actora. De esos hechos aparecía también que la zona litigiosa estaba más cerca del terreno Isla del Baurá que del terreno Burgos y Dormilón como que estaban unidos;

que la formación de esos terrenos nuevos había sido paulatina y no violenta constituyendo en un principio una pequeña porción aumentada luego considerablemente; que la ribera de la Isla del Baurá se aumentó paulatinamente a medida que el cauce del río iba quedando en seco, y que la zona litigiosa era una zona nueva, sin dueño conocido y disputada entre los titulares de la hacienda del Baurá y los señores Modesto y Eliseo Vergara, apenas pretendientes a ella como poseedores y no como riberanos, ni como titulares especiales de dicha propiedad la cual apenas se trata de configurar; que los terrenos de Burgos y Dormilón están situados a la orilla opuesta del chorro de Miramar, y no en la orilla o ribera correspondiente a la isla del Baurá. Luego al desconocerlo totalmente el sentenciador ha dado una definición jurídica contraria a la verdadera realidad del litigio, y naturalmente ha violado indirectamente los preceptos mencionados y todas las disposiciones sobre reivindicación, ya que al haberlos tenido en cuenta seguramente las conclusiones del sentenciador hubieran sido de conformidad con la demanda.

"Estos errores de hecho manifiestos y errores de derecho por cuanto dichos elementos de juicio tienen significado legal, condujeron al H. Tribunal a una calificación inexacta de los derechos de la parte actora. Si el Tribunal hubiera valorado esos documentos y conforme a los artículos 593, 601, 603, 604, 609, 607, 630, 632, 635, 722, 723, 724 y 730 del C. J. y arts. 1758, 1759 y 1760 del C. C. habría relevado jurídicamente los preceptos sobre accesión mencionados y los preceptos sobre reivindicación y con base en los cuales se propuso este litigio, o sean los artículos 713, 719 a 726, 665, 946, 947, 950, 952".

Segundo cargo. Este se endereza contra una de las razones adicionales que utilizó el sentenciador para negar la reivindicación, como es la de que los demandantes o dueños de la tierra firme del Baurá no pueden adquirir por accesión el dominio de la Isla o Vega de Miraflores, por encontrarse ésta más cercana del predio firme de Burgos y Dormilón que de los terrenos firmes del Baurá, de los cuales está separado por las mayores aguas del río Magdalena. El recurrente acusa —en síntesis— como errada esa conclusión, por no haber parado mientes el Tribunal en las pruebas que menciona, con las cuales se demuestra que los terrenos litigiosos se encuentran a continuación de la "Isla del Baurá", formando con ésta una sola extensión territorial, por lo cual es-

tán más cercanos de ellas que de los terrenos de Burgos y Dormilón, de los cuales está separado del brazuelo de Miramar; dice, además, que este pleito no se ha trabado con los propietarios de Burgos y Dormilón, sino con los demandados; que la cuestión litigiosa quedaba reducida a comparar sus títulos con los de éstos, y no con los de aquéllos como lo hizo el sentenciador, el cual en consecuencia aplicó indebidamente la regla 3ª del artículo 726 del C. C.: que el sentenciador se equivocó al tomar en cuenta la ribera del terreno firme del Baurá, para determinar la propiedad de los terrenos litigiosos, puesto que a este fin lo que debió considerar es que éstos se formaron en la ribera de la Isla del Baurá, cuyo dominio reconoce la sentencia en favor de los actores, y no la de las propiedades de Burgos y Dormilón que les quedaban más distantes, por cuyo motivo accedían a aquélla si se pretendía aplicar al caso la regla 3ª del art. 726 del C. C.; que lo que debía considerarse para aplicar los arts. 719 y 720 del C. C. "no es la prolongación de las líneas de la hacienda del Baurá, sino la prolongación de las líneas riberañas de la Isla del Baurá", porque la accesión es con esta propiedad y no con aquélla.

Finaliza así la acusación:

"El Tribunal desconoce los hechos procesales esenciales para aplicar las normas esenciales, incurriendo en un error de hecho evidente porque esos hechos constan patentemente en el proceso y en los documentos mencionados, y también desconoce el valor probatorio de esos documentos lo que constituye un error de derecho porque se dejan sin significación jurídica alguna los arts. 593, 601, 603, 604, 607, 609, 630, 632, 635, 720, 722, 723, 724 y 730 del C. J. y los artículos 1758, 1759 y 1760 del C. C. sobre apreciación de pruebas.

"Y entonces consecuentemente se desconocen los derechos de la parte actora y relevados por las consiguientes disposiciones del C. C.: 713, 719, 720, 721, 722 y 726 sobre accesión, y arts. 946, 669, 665, 947, 950 y 952. También los arts. 471 y 473 del C. J. en cuanto se ha pretendido variar la relación jurídica planteada en la demanda absolviendo a la parte demandada sosteniendo que la cosa materia de la reivindicación no es del actor sino de un tercero, lo que no es procedente porque el fallo sólo tiene fuerza entre las partes contendientes y no con relación a todos".

Se considera:

En el sector del río Magdalena a que se refiere este pleito existe una isla de antigua formación denominada "Isla del Baurá", cuyo domi-

nio —según lo acepta la sentencia recurrida— corresponde a los propietarios de la hacienda "El Baurá", o sea a la sucesión de Inés Leiva de Rivas. En el lecho del mismo río se formó recientemente otra isla conocida con el nombre de "Isla o Vega de Miraflores", la cual estaba separada de la primera por un brazuelo del Magdalena, el que, por razón de modificaciones naturales del curso de las aguas, quedó posteriormente cegado, y de esa manera las dos islas vinieron a unirse constituyendo actualmente una sola extensión territorial. "La Isla de Miraflores" comenzó a formarse al norte de la "Isla del Baurá" concluyó su formación contra el brazuelo que la separaba de ésta. Este conjunto de circunstancias se desprenden de los hechos 7º a 12º de la demanda; de la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal en asocio de peritos; del dictamen de éstos y de la prueba testifical rendida al momento en que aquélla se practicaba (cuaderno número 4, fls. 40 a 44).

En los dos cargos que antes quedaron resumidos afirma el recurrente —en contrario de lo que sostiene el Tribunal— que ya sea que se considere el problema planteado en autos conforme a las reglas de accesión por aluvión o de formación de nuevas islas, el dominio de "Miraflores", corresponde a la sucesión reivindicante, por lo cual afirma que el sentenciador al no acceder a las súplicas de la demanda quebrantó las disposiciones sustantivas que cita relativas a esos fenómenos y a la acción reivindicatoria. Esta es la cuestión que pasa en seguida a esclarecerse.

El artículo 713 del Código Civil define la accesión diciendo que "es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles". En las disposiciones siguientes del Libro 2º, Título 5º el Código reglamenta los distintos casos o diferentes maneras como se adquiere por ese modo la propiedad de las cosas, y en el Capítulo 2º del mismo Título da las reglas referentes a las "accesiones del suelo", que son las pertinentes en el caso de autos.

Los artículos 719 y 720 de ese capítulo establecen en su orden que "se llama aluvión el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas" y que "el terreno de aluvión accede a las heredades riberañas dentro de sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta el agua".

De esos textos legales se desprende que para que el citado fenómeno jurídico se cumpla es menester que la ribera se aumente por razón del lento e imperceptible retiro de las aguas y que ese retiro sea definitivo, como lo requiere el 2º miembro del artículo 720. Es decir, se necesita como condición esencial que el acrecentamiento de la ribera provenga del imperceptible retiro de las aguas.

Salta a la vista que en el caso de autos en que se trata de dos islas independientes que estaban separadas por un brazuelo del río, con individualidad física anterior a su unión, no pueden aplicarse esas reglas, so pretexto de que el brazuelo del río quedó en seco y las dos islas se juntaron, porque el retiro de las aguas no descubrió el terreno de "Miraflores", que ya existía con anterioridad a ese retiro, sino el simple cauce del brazuelo que separaba las dos islas.

En este caso habría lugar a accesión con aplicación de la regla final del inciso 1º del artículo 724 ibidem, pero sólo en lo relativo a parte del cauce que quedó en seco; mas ésta no es la cuestión que en autos se debate.

De consiguiente, al estimar el Tribunal que el terreno de Miraflores no puede considerarse como un aluvión que accediera a la Isla de Baurá, por el solo hecho de que ambas heredades se hubieran juntado, no incurrió en los errores que le imputa el recurrente ni en el quebranto de las disposiciones que se citan. Y careciendo la parte actora por ese concepto del derecho de dominio sobre esas nuevas tierras, no han podido violarse las disposiciones sobre la acción reivindicatoria, desde luego que ellas requieren como una de las condiciones ineludibles para su prosperidad que el actor sea dueño de lo que pretende reivindicar.

Y si se examina la acusación por el otro aspecto en que se plantea, se ve que tampoco ella está llamada a tener éxito.

Conforme a la primera parte de la regla 3ª del artículo 726 del Código Civil, "la nueva isla que se forme en el cauce de un río accederá a las heredades de aquellas dos riberas a que estuviere más cercana toda la isla; correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella".

El Tribunal sostuvo y el recurrente acepta como cuestión que no puede discutirse —ya que aparece plenamente establecido en autos— que la "Isla de Miraflores" está toda ella más cercana del predio firme y riberano llamado "Burgos" y

"Dormilón" que de los terrenos firmes del "Baurá", como que de aquél sólo la separa un brazuelo del río Magdalena, mientras que de éste la separan las mayores aguas del mismo río.

Y siendo ello así no cabe duda alguna que el dominio de dicha isla correspondería por accesión, con aplicación de la copiada regla, a los propietarios de "Burgos" y "Dormilón" y no a la sucesión reivindicante, que es la propietaria de las tierras firmes del Baurá.

Pero el recurrente arguye que el presente pleito no se ha trabado con aquéllos sino con los demandados y que entonces la cuestión litigiosa quedaba reducida a una sencilla comparación de títulos entre las partes; mas esta réplica carece de eficacia, pues mientras el actor en esta clase de juicios no pruebe plenamente el dominio que invoca el demandado, a quien se le asigna la condición de poseedor, tiene que ser absuelto, ya que entre otras razones se le presume dueño mientras otra persona no demuestre serlo.

Sólo en el caso de que la demandante hubiere demostrado ser la propietaria de "Burgos" y "Dormilón" y que la demanda tuviese este fundamento —que no lo tiene— podría atribuírsele por accesión el dominio de la nueva isla. A este respecto no le basta ni frente a los demandados demostrar su dominio sobre "El Baurá", puesto que la nueva isla accede a la propiedad riberano a que estuviere más cercana toda ella y no a la más distante.

Argumenta también el recurrente que el Tribunal lo que ha debido tomar en cuenta para atribuir el dominio alegado, es el hecho demostrado de que la "Isla de Miraflores" está más cercana de la "Isla de Baurá", como que forma con ésta una sola extensión territorial, y no la ribera más distante de las tierras firmes de "El Baurá".

Empero olvida el recurrente la perentoria regla 4ª del artículo 726, según la cual "para la distribución de una nueva isla, se prescindirá enteramente de la isla o islas que hayan preexistido a ella; y la nueva isla accederá a las heredades riberanas, como si ella sola existiese".

Refiriéndose a la regla 4ª del artículo 656 del Código Civil de Chile, que en este punto es exactamente igual a la antes transcrita del Código Colombiano, dice el autorizado comentador chileno Luis Claro Solar, lo siguiente, que la Corte acoge:

"Si con posterioridad a la formación de una isla, aparece otra entre ésta y una de las riberas, la accesión se verifica siempre con relación a las

riberas, como si aquella isla no existiera". "Por consiguiente aunque la nueva isla se forma muy próxima a la anteriormente formada, pertenecerá toda ella a los propietarios de las riberas de que la nueva isla queda más cercana toda ella y no tendrán parte alguna los propietarios de la ribera opuesta aunque la isla preexistente les pertenezca a ellos exclusivamente. En otros términos, la isla antigua no se toma como ribera, ni aproxima la ribera a las nuevas islas para los efectos de la repartición de la accesión". (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo VII, pág. 192).

Finalmente ningún objetivo práctico tiene para los efectos del recurso el que se estudie la acusación referente a qué el terreno de "Miraflores" está comprendido dentro de las respectivas líneas de demarcación de la hacienda "El Baurá", puesto que la regla del inciso 2º del numeral 3º del artículo 726 citado, que a ese extremo se refiere, sólo se aplica —como allí mismo se dispone— en el caso de que "toda la isla no estuviere más cercana a una de las dos riberas que a la otra", y ya se ha visto que las razones principales en que el fallo se funda para dilucidar el pleito conforme al inciso 1º de la citada regla 3ª del mismo artículo, son jurídicas, quedaron en firme y ellas son por sí solas suficientes para mantenerlo.

Consecuencia de lo expuesto es que la "Isla de Miraflores" no accede como isla nueva —tal como lo estimó el sentenciador— a los terrenos firmes del "Baurá" ni a la isla del mismo nombre, y que no teniendo tampoco por este aspecto derecho de dominio sobre aquélla la sucesión reivindicante, el Tribunal al no acceder a las peticiones de la demanda no quebrantó las disposiciones que como violadas se señalaron.

No se admiten, por tanto, los dos cargos precedentes.

Tercer cargo.—Aquí el recurrente sostiene, en resumen, que el Tribunal incurrió en error de hecho al interpretar la demanda cuando dice que el demandante no invocó más derecho que el derivado de la accesión por aluvión, puesto que el libelo es claro en el sentido de que se invocan dos títulos: aluvión y título inscrito, de los cuales el sentenciador estudió el primero pero no el segundo; que ese error se destaca al leer exactamente el contenido de los hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del libelo, conforme a los cuales se ve que el demandante alega el título inscrito sobre la hacienda El Baurá, como causa de la acción reivindicatoria "de todos los nuevos terrenos que se

formaron dentro de las dos desembocaduras del río Chenche y la quebrada del Guarapo en el río Magdalena", y que leyendo el contenido de todo el alegato de segunda instancia, se ve que allí también se alegó sobre la misma cuestión.

Añade que es "contrario a la realidad de los hechos procesales" afirmar que los terrenos litigiosos no se encuentran situados dentro de la prolongación de aquellos dos puntos; que esa es una cuestión técnica que resulta demostrada con el dictamen pericial y con el propio título, en el cual consta que el demandante, como titular de la hacienda "El Baurá", es propietario de las islas que se encuentran dentro de esas demarcaciones.

Finalmente dice que esos errores condujeron al sentenciador a quebrantar los artículos 593, 601, 603, 597, 722, 723, 724, 730, 630, 632, 635 del C. J. y 1758, 1759, 1760, 665, 669, 946, 947, 950, 952 del C. C. y 471 y 473 del C. J.

Se considera:

Aún dando por sentado que los errores que se alegan consten de modo manifiesto en los autos y que la acción reivindicatoria se haya propuesto también con fundamento en los títulos inscritos que se acompañaron a la demanda, el cargo no puede prosperar por las siguientes razones:

De esos títulos el más antiguo es el que consta en la Escritura Pública número 92 de 15 de abril de 1886 (fs. 37 a 43, cuaderno número 1), y allí al describirse uno de los linderos del bien que se adjudica, se lee: "de este paso, Chenche aguas abajo, hasta su desembocadura en el río Magdalena; este río, aguas abajo, hasta la boca de la quebrada de Guarapo, comprendiendo por este lado las islas que hace el Magdalena entre las dos desembocaduras mencionadas". En los títulos posteriores que de ése se derivan, se repite la misma descripción o advertencia, de lo cual hay necesidad de deducir que "las islas" a que en abstracto ellos se refieren debían cuando menos existir cuando el primero se otorgó, pues sobre las que en el futuro se formarían ni la tradición ni la sucesión por causa de muerte podían conferir dominio. En tal caso, el título sería la ley, en cuanto consagra y reglamenta la accesión como un modo de adquirir el dominio.

De otro lado, es un hecho indiscutido e indiscutible que surge con deslumbrante claridad de todo el proceso; que se deduce de los hechos 10 y 11 de la demanda; que lo asevera el recurrente al relatar los antecedentes del litigio y al formular el cargo primero, cuando dice que está comi-

probado "que la formación de esos terrenos nuevos (se refiere a los de Miraflores), había sido paulatina y no violenta constituyendo en un principio una pequeña porción aumentada luego considerablemente; que la ribera de la Isla de Baurá se aumentó paulatinamente a medida que el cauce del río iba quedando en seco, y que la zona litigiosa era una zona nueva, sin dueño conocido"; que resulta comprobado con las declaraciones de Dámaso Bocanegra, Carlos Pacheco, José Cifuentes (fs. 13 v. a 17, cuaderno número 4), rendidas en el juicio de lanzamiento surtido con intervención de las mismas partes del actual y traídas a éste en copias a petición del propio demandante; que la Vega o Isla de Miraflores es de reciente formación, como que —según lo dicen los testigos— tiene alrededor de doce a quince años de formada.

Entonces hay que concluir que ella no tenía existencia para la época en que datan los títulos en que se basa la demanda y que no pudo de consiguiente, quedar incluida en las tradiciones de dominio a que ellos se refieren.

Y siendo ello así, es evidente que no estaba llamada a prosperar la acción reivindicatoria fundada en tales títulos inscritos, desde luego que éstos no acreditan el dominio que alega el demandante sobre los nuevos terrenos que integran la "Isla de Miraflores".

De allí el que de los errores de hecho y de derecho que al sentenciador se le imputan —aunque estuviesen demostrados— no se deduzca el quebranto de las disposiciones sustantivas sobre reivindicación que en el cargo se citan, ni la consecuencial invalidación del fallo recurrido, pues el error —como es sabido— ni aún apareciendo comprobado da lugar por sí solo a casación.

No prospera el cargo.

En mérito de las consideraciones precedentes, 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 nueve (9) de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la oficina de procedencia.

Pedro Castillo Pineda—Gerardo Arias Mejía.

Alfonso Bonilla Gutiérrez—**Alberto Holguín Lloreda**—**Emilio Prieto H.**, Ofl. Mayor en ppdad.

EL NOMBRE O FIRMA SOCIAL NO ES ESENCIAL AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS SOCIEDADES CIVILES

De acuerdo con el artículo 2079 del C. C., "La SOCIEDAD o COMPAÑIA es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital y otros efectos en común con el objeto de repartirse entre sí las pérdidas o ganancias que resulten de la especulación. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". De esta suerte, resulta que, por definición, los requisitos esenciales a la formación del contrato de sociedad civil se reducen: al aporte de dos o más personas; fondo común constituido con dicho aporte; objeto o fin de especulación, distribución de ganancias y de pérdidas, y voluntad de asociación. Respecto de las compañías comerciales son necesarias además otras formalidades, ya intrínsecas del contrato, como las prevenidas en el artículo 467 del C. de Comercio, ya también extrínsecas o de forma, como el otorgamiento de escritura pública debidamente registrada, y entrega, registro y publicación oportuna de los extractos, de que tratan los artículos 467, 470 y 472 del mismo Código.

En consecuencia, el nombre o firma social, que por la naturaleza y fines del contrato es requerido en la organización de las sociedades mercantiles, constituye apenas un medio de conveniente identificación para las civiles, y, como para las personas físicas, no es esencial el reconocimiento de su personalidad jurídica. Tales sociedades, pues, tienen existencia ante el Derecho desde que, supuestas las condiciones generales de capacidad, consentimiento, causa y objeto lícitos, que son comunes a toda clase de contratos, concurren en su formación los específicos de que trata el artículo 2079 del C. C. antes transcrito, independientemente de la forma verbal o escrita como se haya pactado la estipulación. Sólo en el caso de que por falta de una de tales condiciones el contrato "no pueda subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como com-

trato alguno", se tendrá como formada una sociedad de hecho, y "cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado". (Artículo 2083 del C. C.).

2.—Como lo tiene definido invariablemente la jurisprudencia, el sentido del artículo 2081 del C. C., según el cual "no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común", se refiere, no a la efectividad o pago del aporte, cuyo incumplimiento origina otras consecuencias (artículos 2109 y 2127 ibidem), sino al hecho de la estipulación por la cual cada uno de los socios se obligue a llevar alguna cosa al fondo de la sociedad, "ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero".

3.—El precepto del artículo 2088 del Código Civil, según el cual "se prohíbe a los socios comanditarios incluir sus nombres en la firma o razón social...", no puede entenderse como la exigencia de un requisito que, a la manera de los comprendidos en la definición, sea necesario para conformar la validez del pacto, sino como simple medida precautelativa en favor de los terceros que contratan con la sociedad, a efecto de que ellos conozcan exactamente el alcance de la responsabilidad de los socios en la sociedad, cuando espontáneamente hayan optado por darle una razón o firma para el desarrollo de sus operaciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b)—Bogotá, marzo seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

El día treinta de abril de mil novecientos treinta y cinco suscribieron los señores Luis Felipe Campo y Tulio Reyes, vecinos de la ciudad de Palmira, un contrato por medio del cual el primero suministraba un lote de unas trescientas

plazas de extensión, parte de la hacienda de "La Herradura" y deslindado como aparece en el respectivo instrumento, "para que el segundo lo prepare y siembre arroz en él, empleando para ello los mejores métodos que se conocen aquí para el cultivo de esa planta, y con tal fin erogará el dinero necesario para los gastos que se originen y pondrá sus conocimientos en la materia para la dirección de las operaciones que sea preciso ejecutar". El cultivo debía hacerse de manera que no haya solución de continuidad en las distintas plazas, ni interrupción en los trabajos, debiendo al efecto numerar las porciones que se fueran cultivando para saber el costo de cada una y lo que rindan como utilidad para su reparto. "El agua para los riegos de los arrozales será la que el señor Reyes ha puesto en el predio de Santa Bárbara del doctor Rivera Escobar, y que por solicitud del doctor Campo, el Ministerio de Industrias se le concedió tomar del río Palmira". Recogida la cosecha de cada arrozal, se haría la liquidación de los gastos, y sobre los precios corrientes se distribuiría en dinero o en especie las respectivas utilidades. Se acordó además, que cualquier desacuerdo entre las partes sería dirimido por medio de árbitros, y que el contrato terminaría por muerte de cualquiera de los contratantes, a menos que los herederos del extinto quisieran continuarlo, o porque "la tierra no produzca ya el arroz en cantidad que pague los gastos y quede alguna utilidad".

Este acuerdo tuvo una normal ejecución hasta principios de 1942 en que se presentaron algunas diferencias entre los dos contratantes de un lado, y entre el señor Reyes o la compañía que éste administraba y el doctor Rivera Escobar, de otro. Con este motivo, le dirigió el doctor Rivera al doctor Campo una carta fechada el 17 de febrero, en que le dice lo siguiente:

"Como de una parte sé que a ti no te interesa el negocio de los arrozales que cultiva don Tulio Reyes dentro de la hacienda de 'La Herradura', sino que antes bien deseas y te interesa que las aguas vayan por el cauce del río para beneficio de tus ganados, y de otro lado a mí me interesa hacer cesar los litigios de aguas promovidos por don Tulio Reyes y evitar que de aquí a mañana, faltando nosotros, alguien venga a pretender que la hacienda de Santa Bárbara ha quedado gravada, por prescripción causada por un uso continuo de más de ocho años, con servidumbre de acueducto, he querido sugerirte la conveniencia de que, de común acuerdo y por medio de una

escritura pública, declaremos cancelado el permiso que te concedí para derivar aguas del río de Palmira, dentro de mi hacienda de Santa Bárbara, para el servicio de tu hacienda de La Herradura.

"Espero que medites el asunto y que me hagas conocer tu opinión, en la seguridad, desde luego, que con mi propuesta solamente busco que nos beneficiemos recíprocamente y que acabemos con los litigios de aguas que, sin tener ni tú ni yo interés directo en ellos, nos causan mortificaciones y pérdida de tiempo. Mientras nosotros vivamos estoy seguro de que no tendremos diferencias y de que tú no necesitarás de permisos escritos ni de Resoluciones Ministeriales para armonizar tus intereses con los míos en relación con el uso de las aguas del río Palmira".

En tal virtud, el doctor Campo entró en conversaciones con Reyes a fin de buscarle una solución amistosa a las dificultades que se presentaban; pero como no llegaron a ningún acuerdo, le hizo saber en carta de 17 de marzo, lo siguiente:

"Hace algún tiempo le dirigí a usted una carta para decirle que en presencia de las dificultades que se presentaban para el riego oportuno de los arrozales que usted y yo tenemos en compañía, en terrenos de mi finca de La Herradura, sería mejor que prescindieramos de ellos para que los arrozales que usted cultiva en Santa Bárbara no padecieran detrimento, pues para mí era muy penoso estar todos los días con diligencias conducentes a obtener agua, desde luego que en el asunto tenía yo que evitar cualquier contrariedad para mi cuñado y amigo doctor Francisco Rivera E., ya que él se prestó con tan buena voluntad a dejar pasar por su predio el agua de que usted y yo nos servimos; y aconteció ahora que usted no me ha dado respuesta alguna sobre el particular, lo que me ha extrañado, puesto que usted es persona que no desconoce el deber de contestar las cartas que se reciben y además está usted haciendo arar nuevamente los arrozales recién cortados, de los cuales no conozco todavía su producto, porque usted no me ha pasado la cuenta respectiva, la que ojalá me haga conocer, porque si hay dividendos para mí, me vendría muy bien el íntegro de él.

"Como los arrozales mencionados no dan ya por su propia producción utilidad ninguna y hay que ararlos y sembrarlos de nuevo, creo llegado el tiempo de darlos por terminados, de acuerdo con el documento que sobre el particular firmamos

usted y yo, pues los cultivos sucesivos, renovándolos del todo, no tendrían cuándo terminarse. De suerte que a este respecto tendremos que entendernos, porque yo estoy sufriendo graves perjuicios con la continuación de tales plantaciones. Además: he sembrado por tercera vez unas plazas de pasto en el terreno de arrozales que ya no existen, y estoy a punto de volver a perder el trabajo y dinero empleados en ellos, por carencia de un poco de agua como regarlos mientras prenden, la que sus empleados no dejan pasar hacia abajo, con algún pretexto que no tiene justificación, motivo por el cual me veo en la necesidad de poner ese hecho en conocimiento de usted para que se se sirva hacerlo remediar".

Esta comunicación fue contestada por Reyes, el 24 del mismo mes de marzo, en los siguientes términos:

"Gustosamente doy contestación a su apreciable carta de fecha 17 de los corrientes, por medio de la cual me hace saber usted la necesidad que tiene de liquidar o terminar el contrato que tenemos celebrado sobre explotación de terrenos de su propiedad en cultivos de arroz, y me expresa la urgencia que tiene de saber el estado de las cuentas relacionadas con la mencionada explotación.

"A pesar de los muy respetables argumentos consignados en su carta, considero que el contrato no está terminado porque el plazo para los cultivos no se encuentra determinado por la duración de éstos sino por la voluntad de las dos partes contratantes. Existiendo la posibilidad de cultivar —en los meses próximos— con beneficio para los socios, no puede prescindirse de las plantaciones existentes.

"En cuanto a los dineros que pertenecen a la asociación nuestra, me permito comunicarle que conforme al detalle de cuenta de fecha 22 de febrero del presente año, la asociación de 'La Herradura' muestra un saldo a cargo de los arrozales por valor de un mil doscientos veinte pesos con cincuenta centavos (\$ 1.220.50) moneda corriente, valor que habrá de deducirse del corte que ha de venir. Esta la causa para no haberle pasado el dividendo respectivo".

El trece de junio siguiente le hizo saber Reyes a Campo que "para el efecto de la conversación con usted he designado al doctor Carlos Luna Tello a quien he autorizado para oír sus exposiciones, analizar sus conceptos y apreciar las diferencias que usted ha planteado". En tales conversaciones, según lo sostenido por Campo y con-

firmado por Luna Tello, las partes llegaron a un acuerdo que debía luego consignarse por escrito, y mediante el cual "Reyes tomaría para sí, por una sola vez, el producto de los arrozales que estaban sembrados en mis tierras y que en seguida se suspenderían las resiembras y tomaría yo mis terrenos, para terminar el negocio de explotación de arrozales".

Con todo, este acuerdo no tuvo ejecución, por lo cual mediante escritura pública número 627 de 28 de septiembre del mismo año otorgada ante el Notario 1º de Palmira por los señores Rivera Escobar y Campo, declaró el primero, con la plena aceptación del segundo, que "siendo potestativo para el exponente retirar el permiso aludido en cualquier tiempo, y no conviniéndole ya a sus intereses, de su libre y espontánea voluntad, viene hoy por medio del presente instrumento a retirarle el permiso concedido (a Campo) de una manefa absoluta, y espera que en lo sucesivo no volverá a correr el agua por el cauce que para el efecto se abrió, ni por ninguno otro".

Y en carta de 8 de octubre le participa el propio doctor Rivera Escobar a Reyes, que "en guarda de la buena amistad que llevamos, me permito manifestarle —para lo de su gobierno— que por haber cancelado el permiso que le dí al doctor Luis Felipe Campo, para que por mi propiedad de Santa Bárbara pasara el agua necesaria para unos cultivos de arroz en su hacienda 'La Herradura' ubicadas ambas propiedades en jurisdicción de este Municipio, procederé a cegar el cauce por donde ha estado corriendo el agua que beneficiaba los terrenos del nombrado doctor Campo y en donde tiene los arrozales".

Sin embargo, sólo un año después se llevó a cabo el cierre del cauce de las aguas, por lo que con fecha 11 de febrero de 1944, decidió el señor Reyes demandar a Campo ante el Juzgado del Circuito de Palmira, "en mi propio nombre y como participe en la compañía sobre siembra de arrozales celebrada entre el doctor Luis Felipe Campo y el suscrito..., para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se sirva hacer usted a favor de la sociedad o compañía arrocera... las siguientes declaraciones:

"a) Que el socio o participe doctor Luis Felipe Campo es civilmente responsable del hecho material del cegamiento del cauce que conducía aguas del río Palmira a los arrozales plantados en la hacienda de 'La Herradura', mencionada en los hechos de esta demanda, por haber aceptado

la cancelación del permiso que el doctor Francisco Rivera Escobar le diera para cruzar tal cauce la hacienda de 'Santa Bárbara' de propiedad del citado doctor Rivera Escobar, aceptación con la cual perjudicó la empresa arrocera constituida por documento de fecha treinta (30) de abril de mil novecientos treinta y cinco (1935), firmado en esta ciudad entre el doctor Luis Felipe Campo y mi persona, documento protocolizado en la Notaría Segunda de este Circuito, por escritura pública número quinientos treinta y nueve (539) de cuatro (4) de agosto de mil novecientos cuarenta y uno (1941).

"b) Que se condene al doctor Luis Felipe Campo a pagar, dentro del término legal, a la compañía arrocera formada por el documento mencionado anteriormente, la suma de veinte mil novecientos nueve pesos con setenta y seis centavos (\$ 20.909.76), como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en las plantaciones de arroz existentes el veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), época en que se verificó el cegamiento del cauce y hubo la consiguiente falta de agua para el riego de los arrozales mencionados, los que tenían una extensión de noventa y dos (92) plazas, divididas en cinco (5) arrozales numerados, y habían producido, como utilidad, la suma de cincuenta y seis pesos ochenta y dos centavos (\$ 56.82) por plaza, faltándoles cuatro (4) cortes para su completa renovación;

"c) Que se condene al doctor Luis Felipe Campo a pagar, dentro del término legal, a la compañía arrocera constituida por el documento anteriormente mencionado, la suma de ciento setenta mil ochocientos pesos moneda corriente (\$ 170.800.00), por concepto de las utilidades que han debido percibirse durante siete (7) años, a partir del año de mil novecientos cuarenta y dos (1942), con el cultivo de doscientas plazas (200 plazas) de arroz en los terrenos mencionados de la hacienda de 'La Herradura', con un producido neto por plaza de ciento veintidós pesos moneda legal (\$ 122.00 anuales);

"d) Que en caso de no hacerse condenación por perjuicios, en cantidad líquida, como se ha solicitado en las anteriores peticiones, la indemnización se ordenará pagar en la cuantía que llegue a apreciarse y fijarse en el juicio en forma legal y obligatoria para las partes; y

"e) Que se condene en costas al demandado doctor Luis Felipe Campo, si tiene la temeridad de afrontar la litis".

El día 6 de marzo siguiente adicionó el señor Reyes la anterior demanda, formulando "en mi propio nombre" las siguientes declaraciones subsidiarias:

1ª Que el doctor Campo, al aceptar la cancelación del permiso que le había concedido Rivera para conducir las aguas, y solicitar luego al Ministerio la caducidad de la mencionada concesión, "ha incumplido el contrato sobre siembra de arroz celebrado conmigo";

2ª Que se declare resuelto el contrato mencionado;

3ª Que se declare civilmente responsable al doctor Campo "de los perjuicios que me ha causado con el incumplimiento...", y que por lo tanto está obligado a la correspondiente indemnización...";

4ª Que se le condene a pagar al actor la suma de diez mil cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos con ochenta y ocho centavos (\$ 10.454.88) moneda corriente, por concepto de los perjuicios recibidos en las plantaciones existentes el 29 de noviembre de 1943;

5ª Que se le condene asimismo a pagarle la cantidad de ochenta y cinco mil cuatrocientos pesos (\$ 85.400.00) moneda corriente, "valor del producido de las plantaciones de arroz en extensión de 200 plazas que dejaré de percibir a partir de 1942, en cuanto a la mitad de frutos que a mí pertenecen según el contrato";

6ª Que, en subsidio, se le condene a pagar la cantidad de dinero que pericialmente se establezca en el juicio como valor de los perjuicios a que se refieren los pedimentos anteriores; y

7ª Que se le condene al pago de las costas del juicio.

Al día siguiente, 7 de marzo, el doctor Campo dio respuesta a la demanda original, oponiéndose a sus pretensiones y formulando a la vez demanda de reconvención contra Reyes para que se declare:

"1ª Que el señor Tulio Reyes ha faltado al cumplimiento de las obligaciones que contrajo conmigo por medio del documento de 30 de abril de 1935, contenidas en las cláusulas distinguidas con las letras e), d), g), h), i), y j) y el primer otrosí del mismo documento;

"2ª Que como consecuencia de esa falta de cumplimiento se decrete la resolución de dicho contrato;

"3ª Que en razón de tal resolución, el señor Reyes está obligado a hacerme entrega material de los terrenos de 'La Herradura' que aún man-

tiene en su poder, entrega que deberá efectuarse dentro de los cinco días primeros posteriores a la ejecutoria del fallo;

"4ª Que asimismo está obligado a pagarme la indemnización correlativa al incumplimiento del contrato y los perjuicios que me ha ocasionado con ello, una y otros mediante el procedimiento estatuido en el artículo 553 del C. Judicial, si no se fijaren en el presente juicio; y,

"5ª Que debe sufragar las costas procesales si afronta esta litis, por ser temeraria su contradicción".

Posteriormente, al contestar el escrito aclaratorio de la demanda principal, manifestó el doctor Campo, por conducto de su apoderado, que tal solicitud "no ha debido admitirse", porque el derecho de variar la demanda no puede llegar hasta el extremo de convertir una acción en otra como aquí se hizo; y porque propuesta la primitiva demanda a nombre de la sociedad y la segunda por el señor Reyes, desaparece la identidad de demandante que es requisito indispensable a la acumulación de acciones.

Trabada así esta doble controversia, el Juzgado del conocimiento la decidió en sentencia de 14 de agosto de 1945, en el sentido de negar las acciones de que trata el libelo primitivo, acceder a las subsidiarias de la demanda adicional y rechazar las propuestas en la de reconvencción.

La sentencia del Tribunal

Apelada aquella providencia por las dos partes, el Tribunal Superior de Cali, en fallo de 23 de mayo de 1949, revocó el de primera instancia "y en su lugar declara probada la excepción perentoria de petición de modo indebido, en relación con las demandas propuestas en este juicio". Para llegar a dicho resultado, tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

"El señor Juez de la instancia, para desechar las tesis presentadas por el demandado en lo que concierne a la corrección de la demanda instaurada y a la acumulación de acciones, estima que el señor Reyes no se ha presentado como representante de persona jurídica alguna, pues que él comparece como persona natural, y obra en ambos escritos como copartícipe de una simple sociedad de hecho o compañía constituida sin las solemnidades requeridas para las sociedades de que habla el C. de Comercio.

"De manera que para la solución de las cuestiones propuestas en este juicio, corresponde en

primer término ver si el contrato celebrado con el señor Reyes y el doctor Campo, constituyó una sociedad en debida forma o quedó reducida a una simple sociedad de hecho, como la considera la sentencia recurrida.

"Ahora bien, sabido es que conforme a la reglamentación de la materia que hace el Código Civil, el contrato de sociedad, exige además de las condiciones de todo contrato, la reunión de los siguientes elementos esenciales: 1º Dos o más personas; 2º Un aporte de cada una de ellas para la constitución de un fondo común; 3º Repartición entre los socios, de ganancias o perjuicios (sic); 4º Determinación del negocio constitutivo del objeto social; y 5º Animo de asociarse".

Analiza luego la manera como concurrieron estos requisitos en el pacto que ha dado origen a este juicio, para concluir que "en lo que hace a la naturaleza del contrato examinado es en rigor de compañía colectiva civil y no comercial, porque el negocio para el que se formó, no es de los que la ley califica de actos de comercio, y antes bien, el artículo 22 sobre la materia expresa que no son actos de comercio, las ventas que hacen los labradores y ganaderos de los frutos de sus cosechas y ganados.

"La sociedad civil es un contrato consensual porque se perfecciona con el solo consentimiento, puesto que no existe disposición alguna que exija formalidades especiales para celebrarlo, y por lo mismo menos puede considerarse como de hecho, la compañía sobre explotación de los arrozales, puesto que fue formalizada por escrito".

Procede, a continuación, a examinar las cuestiones relacionadas con la corrección de la demanda, acumulación de acciones y petición de modo indebido en los siguientes términos:

"El fenómeno de acumulación de acciones, de que trata el artículo 209 del Código Judicial se informa en principios diferentes al de la acumulación de autos, regulada en los artículos 396 y siguientes del mismo Código, en cuanto se refiere a la oportunidad del momento inicial de su presencia en la actuación procesal.

"Por otra parte, la aplicación literal del artículo 209 del Código de Procedimiento Civil, conduciría a confundir una y otra clase de acumulación, de tal manera que se perdería la diferencia que existe entre la acumulación de acciones y la acumulación de autos".

Trae, por último, los conceptos que sobre la materia expuso la Corte en su sentencia de 30 de marzo de 1936, y concluye así:

"De acuerdo con las anteriores nociones, se pasa a examinar el problema sobre acumulación que ha sido propuesto.

"En el libelo primitivo, el señor Tulio Reyes, diciendo hablar en su propio nombre y como partícipe de la empresa arrocerá que ha detallado, pide que sea condenado el doctor Luis Felipe Campo a pagar a la compañía arrocerá formada por medio del documento de fecha 30 de abril de 1935, los perjuicios que afirma le ha ocasionado a dicha compañía por la causa expresada en la demanda.

"En la de corrección, en forma subsidiaria, el señor Tulio Reyes, hablando en su propio nombre, pide que se declare resuelto el referido contrato, y que se condene al demandado doctor Campo a pagar al señor Reyes, y no ya a la nombrada compañía, los perjuicios exigidos.

"De manera que las personas que figuran en el libelo con el carácter de demandantes, no forman una sola parte, puesto que lo que se suplica en nombre de la compañía arrocerá, excluye las súplicas demandadas subsidiariamente por el señor Reyes, y viceversa.

"La acumulación objetiva y subjetiva así formulada, no está sujeta a las reglas que normalizan ese fenómeno jurídico. Pues si bien es cierto, que de acuerdo con el artículo 209 del Código Judicial, en una misma demanda se pueden ejercitar varias acciones, bien en forma alternativa, o ya en forma sucesiva, o de manera eventual o subordinada, no es permitido lo mismo en el caso de acumulación subjetiva. Es decir, en una misma demanda procede la concurrencia de varias personas, como demandantes o como demandadas, cuando uno y otro grupo de esos litigantes, forman una sola parte, o sea, sostienen unas mismas pretensiones.

"Pero será improcedente esa acumulación, si los resultados de la petición de uno de los actores, están sujetos a lo que se decida en relación con lo demandado por alguno de los otros litigantes, y entonces lo que habría sería una pluralidad de partes, y se estaría en presencia, no de una acumulación de acciones, al tenor del citado artículo 209 del Código Judicial, sino de una acumulación de procesos, o de autos, sin que contra ellos obste el carácter de subsidiario de una de las demandas, según la doctrina de la Corte.

"Quiere decir lo expresado, que en el libelo con que se inició este juicio, se hizo una acumulación inadecuada de acciones, tanto porque sus pedimentos se refieren a personas diferentes, como

porque tales acciones no tienen la misma finalidad puesto que, la resolución del contrato se solicita únicamente por una de las personas que intervinieron en el juicio.

"La demanda ha de desestimarse por lo tanto, por haberse pedido en ella de modo indebido, y la sentencia ha de ser revocada para declarar la excepción perentoria enunciada.

"En cuanto a la demanda de reconvencción, tampoco puede prosperar, porque en ella, al igual que en la subsidiaria, el reconviniente pide para sí mismo, no pudiendo hacerlo, puesto que tratándose de un contrato de sociedad, no hay lugar a exigir prestaciones por sí mismo por incumplimiento de ese contrato, sin antes haber quedado definida, mediante la correspondiente liquidación, la situación en que se encuentran los socios para con esa sociedad y entre ellos mismos".

La demanda de casación

Contra la anterior sentencia del Tribunal recurrió en casación el señor apoderado de la parte demandante, y con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., la acusa "por violación de leyes sustantivas como consecuencia de la errónea apreciación que hizo el Tribunal de las pruebas decisivas de la controversia", conforme a los dos cargos siguientes:

Primer cargo.

El sentenciador incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar el contrato celebrado entre los señores Campo y Reyes el día 30 de abril de 1935; porque lo consideró como constitutivo de una sociedad colectiva civil perfecta, cuando por falta del nombre o razón social con que dentro de nuestra legislación se caracteriza su personalidad como distinta de la de los socios individualmente considerados, formó apenas una simple compañía de hecho. "El artículo 2088, dice el recurrente, hace referencia a ese requisito esencial al prohibir a los socios comanditarios, incluir sus nombres en la firma o razón social. Y es por eso también que la doctrina científicamente cimentada en la legislación colombiana, es la que aparece luminosamente expuesta en la sentencia de casación que definió el pleito promovido por Alfonso Vallejo contra Ezequiel Hoyos....

"No sobra observar que de haberse formado regularmente la sociedad civil Campo y Reyes, aquél habría tenido que transferirle el usufructo de las 300 plazas de su finca por escritura pú-

blica, de conformidad con los artículos 756, inciso 2º y 2577 del Código Civil.

“El error en la apreciación de la prueba del contrato es de **hecho**, si se considera que en el documento de 30 de abril de 1935, no se menciona para nada la **razón social** con que debía designarse la persona jurídica, pasando por alto el Tribunal esa omisión, y de **derecho**, porque le dio al documento un valor que no tiene a la luz de las disposiciones que regulan el contrato de sociedad civil.

“Como consecuencia de los errores que dejo demostrados, el sentenciador violó, por no haberlos aplicado en su verdadera significación y alcance, los artículos 2079, inciso 2º, 2083 y 2088 del Código Civil”.

La Sala considera:

De acuerdo con el artículo 2079 del C. C. “La **sociedad o compañía** es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital y otros efectos en común con el objeto de repartirse entre sí las pérdidas o ganancias que resulten de la especulación. “La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. De esta suerte resulta que, por definición, los requisitos esenciales a la formación del contrato de sociedad civil se reducen: al aporte de dos o más personas; fondo común constituido con dicho aporte; objeto o fin de especulación, distribución de ganancias y de pérdidas, y voluntad de asociación. Respecto de las compañías comerciales son necesarias además otras formalidades, ya intrínsecas del contrato, como las prevenidas en el artículo 467 del C. de Co., ya también extrínsecas o de forma, como el otorgamiento de escritura pública debidamente registrada, y entrega, registro y publicación oportuna de los extractos, de que tratan los artículos 467, 470 y 472 del mismo Código.

En consecuencia, el nombre o firma social, que por la naturaleza y fines del contrato es requerido en la organización de las sociedades mercantiles, constituye apenas un medio de conveniente identificación para las civiles, y que, como para las personas físicas, no es esencial al reconocimiento de su personalidad jurídica. Tales sociedades pues tienen existencia ante el Derecho, desde que, supuestas las condiciones generales de capacidad, consentimiento, causa y objetos lícitos, que son comunes a toda clase de contrato, concurren en su formación los específicos de que trata el artículo 2079 del C. C. antes transcrito, independientemente de la forma verbal o escrita como se

haya pactado la estipulación. Sólo en el caso de que por falta de una de tales condiciones el contrato “no pueda subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno”, se tendrá como formada una sociedad de hecho, y “cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado”. (Art. 2083 del C. C.).

El precepto de que trata el artículo 2088 que el recurrente estima quebrantado por el Tribunal sentenciador, y según el cual “se prohíbe a los socios comanditarios incluir sus nombres en la firma o razón social...”, no puede entenderse como la exigencia de un requisito que, a la manera de los comprendidos en la definición, sea necesario para conformar la validez legal del pacto, sino como simple medida precautelativa en favor de los terceros que contratan con la sociedad, a efecto de que ellos conozcan exactamente el alcance de la responsabilidad de los socios en la sociedad, cuando espontáneamente hayan optado por darle una razón o firma para el desarrollo de sus operaciones.

Pero si el nombre o firma no es, sino por excepción, requisito indispensable al reconocimiento legal de la persona como sujeto capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones civiles, mal puede entonces aceptarse que una compañía como la constituida por los señores Campo y Reyes, en cuya formación aparecen cumplidas las formalidades que le son propias, carezca de personalidad jurídica para actuar en la vida civil, por el solo hecho de no habérsela identificado con una razón o firma social, ni que el Tribunal sentenciador hubiera incurrido en violación de la ley sustantiva, por dicho motivo.

Ni puede válidamente sostenerse que “de haberse formado regularmente la sociedad civil Campo y Reyes, aquél habría tenido que transferirle a éste el usufructo de las 300 plazas de su finca por medio de escritura pública, de conformidad con los artículos 756, inciso 2º y 2577 del Código Civil”. Porque aún siendo exacto que en el caso de aporte de inmuebles o de derechos reales constituidos en ellos, éste debe hacerse a la sociedad por el medio solemne de la escritura, no le es menos que en el caso de la estipulación Campo-Reyes, aquél no se obligó a llevar ni llevó al patrimonio social el derecho de usufructo, “facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño”, sino un simple derecho de explotación

específica del inmueble, sobre la base del cultivo del arroz, a cuyo objeto se dirigían los fines económicos de la sociedad. Ni, en el supuesto contrario, el hecho de no haberse verificado el aporte del usufructo podía determinar la inexistencia de la sociedad pues que, como lo tiene definido invariablemente la Jurisprudencia, el sentido del artículo 2081 del C. C., según el cual "no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común" se refiere, no a la efectividad o pago del aporte, cuyo incumplimiento origina otras consecuencias (arts. 2109 y 2127 *ibidem*), sino el hecho de la estipulación por la cual cada uno de los socios **se obligue** a llevar alguna cosa al fondo de la sociedad, "ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero".

El cargo, por consiguiente, debe rechazarse.

Segundo cargo:

Incurrió el sentenciador "en error de hecho en la apreciación tanto de la demanda principal como en la subsidiaria", por las siguientes razones: a) Porque en ambos libelos el actor compareció en su propio nombre, en ejercicio de la acción **pro socio**, y no en el de la sociedad; b) Porque no habiéndose constituido una sociedad regular, la de hecho que resultó, carecía de personalidad para ser demandada; c) Porque la demanda original y la subsidiaria, sólo difieren respecto de la cuantía del perjuicio, que en la segunda se redujo al que recibió directamente el actor; d) Porque en el caso de autos, no podía darse acumulación subjetiva de acciones, que por lo demás, no envuelve una cuestión de fondo, sino simple materia de excepciones dilatorias; e) Porque tampoco aparece una inadecuada acumulación objetiva de las mismas, ya que la acción resolutoria es legalmente acumulable con la indemnizatoria del perjuicio originado por el incumplimiento (art. 209 del C. J.); y la constituida en la demanda principal es de entenderse como de terminación o liquidación de la sociedad de hecho (art. 2083 del C. C.) pues que, como lo tiene advertido la jurisprudencia, poco importa la calificación que dé el demandante a la acción ejercida "porque es cuestión de derecho que incumbe al juzgador"; y f) Porque por ser de hecho la sociedad no queda relevado uno de los socios de la responsabilidad en que incurre para con el otro, por la violación de sus obligaciones contractuales.

"Como consecuencia del error de hecho manifestado que dejó puntualizado en este segundo y último—Gaceta

timo cargo infringió el sentenciador, por no haberlos aplicado, los artículos 1602, 1603, 2079, inciso 2º, 2083, 2088, 2341, 2142 y 2143 del Código Civil, y por errónea interpretación los artículos 209 y 397 del Código Judicial".

Se observa lo siguiente:

No es conforme con el exacto contenido de los escritos de la demanda, que en uno y otro el actor se presentara demandando "en su propio nombre, en ejercicio de la acción **pro socio**, no en el de la sociedad". En la demanda original dice el señor Reyes, como se vio en otro lugar que "en mi propio nombre y como participe en la compañía sobre siembra de arrozales", demanda al doctor Campo, para que se hagan "a favor de la **sociedad o compañía arrocerá**" las siguientes aclaraciones:

a) Que el doctor Campo es civilmente responsable "del hecho material del cegamiento del cauce que conducía aguas del río Palmira..., por haber aceptado la cancelación del permiso... **con la cual perjudicó a la empresa arrocerá**";

b) Que se le condene a pagar "a la **compañía arrocerá** formada por el documento mencionado anteriormente" la suma de \$ 20.909.76 por concepto de perjuicios; y

c) Que se le condene a pagar "a la **compañía arrocerá**", la suma de \$ 170.800.00 por concepto de las utilidades que ésta dejó de percibir durante siete años.

En cambio en la demanda adicional subsidiaria, comparece a demandar "en propio nombre" para que se declare:

1º—Que con la aceptación de la cancelación del permiso para conducir las aguas de regadío, el doctor Campo incumplió el contrato sobre siembra de arroz;

2º—Que en consecuencia, queda resuelto dicho contrato;

3º—Que el doctor Campo es civilmente responsable "de los perjuicios **que me han causado** con el incumplimiento"; y

4º—Que está obligado por lo tanto a pagarle al demandante distintas sumas por razón de los perjuicios que le ocasionó con la infracción del contrato.

Con lo cual se evidencia, contra lo sostenido por el recurrente, que las acciones principales de la demanda original, a diferencia de las de la subsidiaria, no fueron propuestas en interés directo, y personal del actor, sino que se ejercitaron en nombre y para la sociedad arrocerá, persona jurídica distinta de los socios individual-

mente considerados; y que al procederse de esta manera, se produjo una evidente acumulación mixta de acciones que legalmente es inaceptable, porque siendo independiente el interés social de que trata la demanda primitiva, del personal del actor a que se dirige el escrito aclaratorio, no puede hablarse de una parte formada por dos o más personas que sostienen una misma pretensión, sino de personas distintas que a través de acciones también diversas, aspiran a que les sean decididas dentro de un mismo proceso, lo cual es inadmisibile.

Esta consideración sin embargo, no justificaba la conclusión a que llegó el Tribunal, de desechar la demanda primitiva con base en la excepción perentoria temporal de "petición de modo indebido", que el fallo declara; porque siendo principio de elemental interpretación, el de que lo útil no se vicia por lo inútil, los efectos de la indebida acumulación no podían ir más allá de las acciones subsidiarias que eran las indebidamente acumuladas, para tocar también con las principales que habían sido correctamente propuestas. Sólo que, por no haberse atacado el fallo con base en el cargo que le correspondía, o sea, como violatorio de la ley sustantiva "por infracción directa o aplicación indebida o interpre-

tación errónea", sino indirectamente a través de un "error de hecho tanto de la demanda principal como de la subsidiaria" y que, se ha dicho resulta claramente desvirtuado por el contenido mismo de tales piezas, aquella decisión no puede invalidarse.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

A mérito de la anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este juicio.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo — Pablo Emilio Manotas — Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA — EN CASACION SON INADMISIBLES LOS MEDIOS NUEVOS — ALCANCE DEL ARTICULO 34 DE LA LEY 63 DE 1936 — LA ESTIPULACION PARA OTRO EXCLUYE POR ESENCIA TODA IDEA DE REPRESENTACION — LAS PRESTACIONES MUTUAS EN LA REIVINDICACION Y LAS RESTITUCIONES RECIPROCAS EN LA NULIDAD, SON COMPLEMENTO OBLIGADO DE LA ACCION MISMA — CUALES MEJORAS DEBEN SER ABONADAS AL POSEEDOR VENCIDO — CUANDO PUEDE PROSPERAR EL RECURSO DE CASACION POR INCONGRUENCIA ENTRE LO DEMANDADO Y LO DECIDIDO EN LA SENTENCIA

1—La acción reivindicatoria o de dominio está configurada por estos factores: a) cosa singular o cuota determinada de cosa singular; b) derecho de dominio del demandante; c) posesión material en el demandado, y d) identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante, sea lo mismo que posee el demandado.

En tratándose de reivindicación de bienes raíces, la acción la tiene el verdadero propietario de la finca que se trata de reivindicar.

La acción de dominio, según la propia definición que da la ley, se ejerce sobre cosas singulares, expresión que equivale a decir que el bien que se trata de reivindicar debe determinarse con absoluta precisión, para que no haya lugar a confusiones, ni a violaciones de derecho ajeno. El título en que apoya su derecho el reivindicador debe ser claro, preciso y ajustado a las exigencias de la ley.

En esta clase de juicios, como lo tiene establecido la Corte, se investiga quién tiene mejor derecho para poseer; porque el carácter de dueño, exigido por el artículo 946 del C. C., y la acción de propiedad, prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas.

2—Por perfecta que sea una titulación, de nada vale en juicios de reivindicación, si quien la presenta como actor no demuestra que ella cobija o que dentro de ella se halla aquello que señala como poseído por otro.

3—Es doctrina jurídica que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación y que ha sido establecida por esta Cor-

te en innumerables fallos, la de que no pueden ser objeto de tal recurso cuestiones que no se hayan debatido en las instancias del juicio, y que en este recurso no pueden introducirse medios nuevos, o sea traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate.

4—El artículo 34 de la Ley 63 de 1936 reputa donaciones las operaciones entre parientes dentro de cierto grado, para los efectos allí señalados, lo cual no tiene alcance distinto de la defensa del impuesto.

5—La estipulación para otro, a que alude el artículo 1506 del C. C., excluye por esencia toda idea de representación. Conforme a ese artículo, hay estipulación para otro cuando en un contrato una parte promete a la otra dar o hacer cualquier cosa a favor de un tercero extraño a la convención.

6—Las prestaciones mutuas en la reivindicación y las restituciones recíprocas en la nulidad, son complemento obligado de la acción misma, y así las cosas, perteneciendo, como pretencen, de suyo a lo demandado, o debiéndose, por mandato expreso de la ley, reconocer las correspondientes al demandado, no requieren pedimento expreso o especial para que la sentencia, cuando decreta la acción, decida sobre éstas, que son sus consecuencias.

7—Los artículos 965 y 967 del C. C., al reglamentar el pago de las mejoras hechas por el demandado en el bien que se le demanda, las considera según su importancia y naturaleza, de tres clases: necesarias, útiles y voluptuarias.

Las expensas necesarias son aquellas que hayan sido exigidas para la conservación del

inmueble. Habrán de restituirse integralmente al poseedor, aún a de mala fe, en todo caso independientemente de que subsista ventaja alguna por ellas. El propietario hubiera estado obligado a hacerlas.

El poseedor vencido tiene, pues, derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de las cosas (art. 965 del C. C.). En este caso, la ley no tiene en cuenta la buena o mala fe con que haya procedido el demandado. Basta acreditar la necesidad que existiera de proceder a su construcción.

El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de contestar la demanda, conforme al último inciso del artículo 966 del C. C. Podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehuse pagarle el precio que tengan dichos materiales después de separados.

8—De manera uniforme viene sosteniendo la Corte en su jurisprudencia, que la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado, tan sólo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia (ultra petita); o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio (extra petita); o por no fallarse sobre alguna de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo (minima petita). Únicamente en tales circunstancias, hay verdadera incongruencia entre la parte petitoria de la demanda y la sustantiva de la sentencia.

El hecho de haberse demostrado en el juicio que el actor es dueño de menos de lo pedido, no configura tal causal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Por apelación interpuesta por la parte demandada, fueron enviados estos autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, don-

de con fecha quince de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho se dictó sentencia, por la cual se confirma la proferida por el Juez Civil del Circuito de allí mismo, en el ordinario sobre reivindicación de un predio urbano, situado en aquella ciudad, propuesto por Ernesto Amézquita M. en su propio nombre y como representante de sus menores hijos, contra Jesús María Plaza.

El Tribunal considera que por los actores se llenaron a cabalidad las condiciones requeridas para la viabilidad de la acción de dominio instaurada, pues demostraron ser propietarios inscritos de la finca que reclaman, la cual posee el demandado, y establecieron con toda certidumbre la identidad del predio de que pretenden ser dueños.

Considera el Tribunal, que el señor Plaza adquirió para su hija Ernestina, que luego casó con Amézquita, a virtud de un mandato secreto o tácito, el bien que se discute y que a su fallecimiento, en la mortuoria respectiva, se adjudicó el inmueble al cónyuge sobreviviente señor Amézquita y a sus hijos. Sostiene que el mandato puede ser un contrato de consentimiento tácito, en que una persona confía o encarga por su aquiescencia tácita, la gestión de un negocio a otra, que acepta de igual manera el encargo.

Textualmente dice:

"Dar dinero para que con él se compre alguna cosa es una manera clara e inteligible de constituir el mandato, y si a ello se agrega el ánimo evidente del señor Plaza de adquirir la casa para su hija Ernestina, consignado en la propia escritura y ratificado más tarde bajo juramento, no puede dudarse de que la declaración estudiada contiene no una estipulación por otro sino la realización de un mandato para comprar".

Encuentra el juzgador que se trata de una cosa singular, susceptible de ser reivindicada, lo cual aparece, ya de los títulos escriturarios invocados por el demandante, que sirven para individualizarla y determinarla, como porque en la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez de primera instancia, los peritos y el Juzgado tuvieron ocasión de confrontar los linderos de lo poseído por el demandado, con los señalados en el título de propiedad de los demandantes, llegando a la convicción de la identidad del bien que se reivindica, con el señalado en los títulos y en la demanda.

El recurso

En desacuerdo con la decisión de segunda ins-

tancia, el demandado recurrió en casación y siendo la oportunidad legal, se pasa al estudio de los cargos propuestos, con apoyo en las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J.

Cargo primero. Ataca el recurrente la sentencia, por violación de los artículos 946, 947, 948, 950 y 952 del C. C., por infracción directa. Sostiene que la acción reivindicatoria debe concretarse a la cosa singular de que el reivindicador es dueño y no está en posesión, y en la demanda no se procedió de esta manera, porque se incorporó también en lo demandado un bien raíz perteneciente a una tercera persona, a quien no se citó en el pleito.

Que los inmuebles que se reivindican, se han de determinar por su situación y linderos, y el que lo fue en la demanda, no corresponde al que la sentencia dispuso entregar a los demandantes.

Para resolver,

Se considera:

La acción reivindicatoria o de dominio está configurada por estos factores: a) cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) derecho de dominio del demandante; c) posesión material en el demandado, y d) identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante, sea lo mismo que posee el demandado.

En tratándose de reivindicación de bienes raíces, la acción la tiene el verdadero propietario de la finca que se trata de reivindicar.

La acción de dominio, según la propia definición que da la ley, se ejerce sobre cosas singulares, expresión que equivale a decir que el bien que se trata de reivindicar debe determinarse con absoluta precisión, para que no haya lugar a confusiones, ni a violaciones de derecho ajeno. El título en que apoya su derecho el reivindicador debe ser claro, preciso y ajustado a las exigencias de la ley.

En esta clase de juicios, como lo tiene establecido la Corte, se investiga quién tiene mejor derecho para poseer: "el carácter de dueño exigido por el artículo 946 del C. C. y la noción de propiedad prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas".

En sentencia de ocho de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, dijo esta Sala: "Por perfecta que sea una titulación, de nada vale en juicios de reivindicación si quien la presenta como actor no demuestra que ella cobija, o que

dentro de ella se halla aquello que señala como poseído por otro". (G. J. Nos. 2019 a 2021, Tomo 59, pág. 158).

Y esto fué precisamente lo realizado en el presente proceso por los demandantes. No sólo demostraron que tenían títulos suficientes sobre el bien que reclaman, originados en la cartilla de adjudicación en la mortuoria de la señora Ernestina Plaza, sino que probaron que a virtud de un mandato, el señor Plaza había adquirido para doña Ernestina el bien en disputa, y en el juicio, por medio de una inspección ocular practicada por el Juez del conocimiento, asesorado de peritos, se estableció que la titulación en referencia cobija, o que dentro de ella se encuentra aquello que se señala como poseído por el demandado.

"La casa que se identifica, cuyos linderos se dieron, —dice la sentencia— es la misma a que se refiere la escritura número 748 de 5 de agosto de 1942 de la Notaría 1ª del Circuito de Popayán que obra en los autos, teniendo en cuenta la exclusión que en esa misma escritura se hizo de una tienda, etc.".

No obsta, para que la identidad subsista, el que el demandante no haya excluido en la delimitación, una pieza o tienda de la casa, que no entró en lo adquirido por la señora Ernestina, pero que tampoco posee el demandado; y que claramente se detalla en la escritura de compra número 748.

Siendo esencialmente relativas las nociones de propiedad prescritas por el artículo 950 del C. C. y el carácter de dueño exigido por el artículo 946 del mismo Código, no obsta para los efectos del fallo pronunciado en este juicio entre el señor Amézquita, en su carácter dicho, contra Plaza, el que se hubiera establecido que en los límites señalados al inmueble que se reivindica y que se probó posee el demandado, que se hubiera incluido algo más, que pertenece a una tercera persona, no citada al litigio, cuyo derecho fue claramente excluido en la sentencia. Lo esencial era establecer que en la titulación presentada como fundamento del derecho de dominio que invocan los demandantes, se comprende, o que dentro de ella se halla aquello que se señala como poseído por el demandado. Sobre el inmueble delimitado se le reconoce el derecho al actor, según lo que haya demostrado.

En el caso en estudio, los demandantes probaron que su demandado poseía parte del bien que reclaman, es decir, que se encontraba poseyendo

todo el inmueble que se reivindica, con excepción de un local de tienda, claramente determinado en la escritura número 748 de 1924 y en la respectiva inspección ocular, y que en la sentencia quedó excluido, como ya se indicó.

Por lo expuesto, se declara sin fundamento el cargo.

Cargo segundo. Considera el recurrente, que el contrato que aparece en la escritura número 748, varias veces citada, puede tomarse, ya como una donación, por presumirlo así el artículo 34 de la ley 63 de 1936, al tener como donaciones los trasposos de bienes entre padres e hijos, la cual ha de tenerse por revocada por el señor Plaza, pero que si se toma por una estipulación para doña Ernestina, también ésta debe considerarse igualmente revocada, como consta de la escritura pública número 885 de 3 de octubre de 1945, de la Notaría Primera de Popayán.

Es decir, ya se considere aquel acto una donación, o una estipulación, en todo caso fue revocado por el dicho instrumento, careciendo, por consiguiente, de derecho los herederos de doña Ernestina para ejercitar acciones, apoyados en el contrato en referencia.

Que no puede tomarse como aceptación tácita, el pago hecho por doña Ernestina de algunas anualidades del impuesto predial, puesto que el pago de una deuda puede hacerse por cualquier persona.

Termina sosteniendo que hay error de derecho en la apreciación de la escritura número 748, "en cuanto se tiene como prueba de un mandato, (o de un contrato por tercera persona si acaso)"; y error de derecho en haberle dado a los compradores de pago del Catastro, un alcance mayor del que la ley les reconoce.

Para resolver,

Se considera:

La alegación que por primera vez se hace ante la Corte en este proceso de que, de acuerdo con la ley 63 de 1936, la declaración hecha por el padre de adquirir la finca materia de la litis para la hija, debe tenerse por donación, a virtud de la presunción establecida en el artículo 34 de la mencionada ley 63, es un medio nuevo, no admisible en casación.

"Es doctrina jurídica que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación y que ha sido establecida por esta Corte en innumerables fallos, la de que no pueden ser objeto de tal

recurso cuestiones que no se hayan debatido en las instancias del juicio, y que en este recurso no pueden introducirse medios nuevos, o sea traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate". (Casación, Tomo XXII, pág. 266).

Por lo demás, el artículo 34 de la ley 63 de 1936, reputa donaciones las operaciones entre parientes dentro de cierto grado, para los efectos allí señalados, lo cual no tiene alcance distinto de la defensa del impuesto. (G. J. Tomo 45, pág. 290).

Resta estudiar lo pertinente a la indebida estimación de la prueba, en cuanto el Tribunal vio en la compra del inmueble hecha por el señor Plaza para su hija, el desarrollo de un mandato, que aparece suficientemente establecido de los términos de la escritura número 748, así como de la confesión del mismo demandado.

Entiende el recurrente, que el señor Plaza no hizo otra cosa que estipular para su hija, estipulación que no fue aceptada por ésta y que luego, los estipulantes, vendedor y comprador, revocaron por escritura número 885 de 3 de octubre de 1945.

El Tribunal hizo un examen muy detenido de los documentos allegados al proceso y encontró que, al adquirir el señor Plaza la finca en litigio, obró como mandatario, pagando el precio de lo adquirido con dinero de su hija. En declaración rendida ante el Juez Primero del Circuito, dijo bajo juramento el demandado: "Es verdad, como se me pregunta, que yo compré al señor Samuel Bolaños Jurado y para mi hija Ernestina Plaza, ya viuda de Leonardo García, una casa cubierta de tejas, situada en esta ciudad de Popayán en la carrera 4ª, entre calles 10 y 11, marcada hoy con el número 10-13 de la nomenclatura urbana, lo que consta en la escritura número 748 de 5 de agosto de 1924, de la Notaría de este Circuito, no recuerdo si por seiscientos o setecientos pesos, pero sí me consta que ese dinero lo dio expresamente mi citada hija Ernestina Plaza de García Rengifo para esta compra para ella".

La estipulación para otro, a que alude el art. 1506 del C. C., excluye por esencia, como lo ha dicho esta Sala, toda idea de representación. "Conforme al artículo 1506 del C. C., hay estipulación para otro cuando en un contrato una parte promete a la otra dar o hacer cualquier cosa a favor de un tercero extraño a la convención".

El Tribunal, luego de comentar las pruebas que en su sentir establecen el mandato conferido al

señor Plaza por su hija, para adquirir para ella la casa en litigio, observa que, ni aún dado por sentado que se tratara de una estipulación, ésta no pudo ser revocada por Plaza y el vendedor Bolaño Jurado, porque el hecho de haber dado en arrendamiento el inmueble y percibido los cánones de arrendamiento, y el haber denunciado ese inmueble como bien propio en la declaración de renta, pagar los impuestos, constituyen una aceptación tácita de la estipulación verificada por su padre don Jesús María a su favor.

El error en la apreciación de esta prueba, si acaso pudo existir, no influiría en el fallo, pues éste se apoya en otros soportes que, examinados, se han encontrado ajustados a la ley, como es la existencia de un mandato, demostrado por la declaración del señor Plaza en la escritura de compra de la casa, o sea la número 748 de 1924, y en la declaración de que se habló atrás.

Por lo demás, la Sala no observa ningún error en la consideración de tales elementos de convicción.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo tercero.—Se acusa también la sentencia por violación directa de los artículos 964, 965, 966, 970 y 968 del C. C.

Dice el recurrente, que el fallo ordena la restitución del bien demandado, sin disponer lo correspondiente al pago de las mejoras puestas por él y demostradas en el juicio con la inspección ocular, según las constancias dejadas allí por el Juez, mejoras que reconocieron también los peritos, que éstos avaluaron y de las cuales hablan varios testigos. Acusa por violación de tales preceptos, por violación directa, o por indirecta, por la falta de apreciación de las pruebas que detalla.

Se considera:

El Tribunal debió proveer al respecto. No cabe pensar que deliberadamente se abstuviese de atender a tan importantes detalles, por no estar expresamente planteados en la demanda, o no haber sido propuestos en reconvencción, y que por ello lo detuviera el temor de fallar **ultra petita**, porque las prestaciones mutuas en la reivindicación y las restituciones recíprocas en la nulidad, son complemento obligado de la acción misma, y así las cosas, perteneciendo, como pertenecen de suyo a lo demandado, o debiéndose por mandato expreso de la ley, reconocer las correspondientes al demandado, no requieren pedimento expreso o especial para que la sentencia, cuando decreta

la acción, decida sobre esas que son sus consecuencias.

Por consiguiente, la sentencia habrá de casarse parcialmente, para el solo efecto de ordenar lo pertinente a las mejoras demostradas, y que fueron puestas en la casa por el señor Plaza.

Ya en instancia se observa:

El Tribunal tuvo a Plaza como poseedor de mala fe a partir de la fecha del fallecimiento de doña Ernestina, causante de los actores en el pleito, por considerar que la señora estuvo en posesión del predio que adquirió por su mandato y para ella el señor Plaza, inmueble que éste entró a poseer a la muerte de su hija, no obstante constarle que ella era la propietaria, por haberlo adquirido con dinero de la misma, según su propia confesión y por lo que consta en la escritura pública número 748 de 5 de agosto de 1924. No es posible, por lo tanto, variar en instancia la calificación de mala fe atribuida por el Tribunal al demandado.

Los artículos 965 y 967 del C. C., al reglamentar el pago de las mejoras hechas por el demandado en el bien que se le demanda, las considera según su importancia y naturaleza, de tres clases: necesarias, útiles y voluptuarias. De estas últimas no se trata en este juicio.

Las expensas necesarias son aquellas que hayan sido exigidas para la conservación del inmueble. Habrán de restituirse íntegramente al poseedor, aún al de mala fe, en todo caso independientemente de que subsista ventaja alguna por ellas. El propietario hubiera estado obligado a hacerlas.

El poseedor vencido tiene derecho, pues, a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la casa (artículo 965 del C. C.). Estas fueron estimadas por los peritos en la suma de doscientos cincuenta y siete pesos (\$ 257). En este caso, la ley no tiene en cuenta la buena o mala fe con que haya procedido el demandado. Basta acreditar la necesidad que existiera para proceder a su construcción.

El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de contestar la demanda, conforme al último inciso del artículo 966 del C. C. Podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehuse pagarle el precio que tengan dichos materiales después de separados.

Estas mejoras fueron justipreciadas en el pleito, en la suma de cuarenta y dos pesos (\$ 42),

mas sucede que se trata de obras como un pavimento, enlucimiento de paredes, arreglo de dos mojinetes, entablado de una pieza, cuyos materiales no podrían separarse sin detrimento del inmueble, por lo cual es el caso de declarar que los demandantes no están obligados a reconocerlos y tampoco pueden ser separados del bien que se reivindica.

Cargo cuarto.—Por último, se acusa el fallo por incongruencia.

Se hace depender el reparo, en que la sentencia reconoce a los demandantes como dueños de un bien distinto del poseído por el demandado.

Se considera:

Bastarían, para rechazar el cargo, las consideraciones hechas al estudiar el primero de los propuestos, donde claramente se establece que el inmueble poseído por el demandado, está incluido, o mejor, comprendido dentro de los linderos del inmueble que se reivindica, y que tal bien se singularizó y determinó en la inspección ocular practicada.

"Si el demandante pide más de lo que se le debe, dice el artículo 210 del C. J., el Juez sólo le declara el derecho a lo que pruebe que se le adeuda, etc." 'Esto prueba que no es inconveniente, para los efectos de considerar la demanda, el haber demandado más de lo que se adeuda.

De manera uniforme viene sosteniendo la Corte en su jurisprudencia, que la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado, tan sólo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia (**ultra petita**); o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio (**extra petita**); o por no fallarse sobre alguna de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo (**minima petita**). Únicamente en tales circunstancias, hay verdadera incongruencia entre la parte petitoria de la demanda y la sustantiva de la sentencia.

El hecho de haberse demostrado en el juicio que el actor es dueño de menos de lo pedido, no configura tal causal.

En el juicio se estableció de una manera plena, que el bien ocupado por el demandado, estaba incluido en la demanda y en los títulos de propiedad en que los actores fundaron el derecho de dominio, que han querido hacer efectivo con la demanda propuesta. No importa que se hubiera demandado más, si lo poseído por el demandado está incluido en la reivindicación que se estudia. (Casación del . . de agosto de 1937, G. J. Tomo 45, pág. 308).

Sentencia

Por 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, CASA parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, de fecha quince de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, y reformando la de primera instancia, para el solo efecto de disponer, además de lo ordenado en los apartes a), b), c), d), e) y f), lo que a continuación se señala como aparte.

g) El demandado tiene derecho a que se le abone antes de ordenar la entrega del inmueble que se reivindica, las expensas necesarias hechas en la casa, cuyo valor se estimó en la suma de doscientos cincuenta y siete pesos (\$ 257).

En lo demás, queda vigente la sentencia de primer grado, confirmada por el Superior.

Sin costas, por haberse casado parcialmente el fallo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas.
Güalberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.
El Secretario, Hernando Lizarralde.

SIMULACION DE PERSONA Y MANDATO SIN REPRESENTACION. — EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS QUEDA SOMETIDO A LA LEY COLOMBIANA AUNQUE LOS ACTOS CONSTITUTIVOS DEL MISMO SE REALICEN EN EL EXTRANJERO, PARA LOS EFECTOS QUE SE HAN DE PRODUCIR EN COLOMBIA. — LA DECLARACION OFICIOSA DE NULIDAD DE UN MATRIMONIO SOLO PRODUCE EFECTOS INTER PARTES; LA DECLARACION HECHA A CONSECUENCIA DE DEMANDA EXPRESA DE NULIDAD, PRODUCE EFECTOS "ERGA OMNES". — ESTO NO SIGNIFICA QUE LOS EFECTOS DE LA DECLARACION OFICIOSA SE LIMITEN AL JUICIO EN QUE AQUELLA SE HAGA. — LA ACCION DE SIMPLE SEPARACION DE BIENES ES JURIDICAMENTE IMPOSIBLE CUANDO EL MATRIMONIO ES ABSOLUTAMENTE NULO. — LA CONFESION DEL GERENTE O ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD SOLO PRUEBA CONTRA ESTA, PERO NO CONTRA LOS SOCIOS, PERSONAS DISTINTAS DE LA SOCIEDAD

1.—La simulación de persona en los contratos no se concibe sin que sea fraguada por todos los que en ellos intervienen como partes. De lo contrario, obedecerá a un convenio aislado, independiente del contrato, en que nada tendrán que ver los otros contratantes y que en nada podrá afectar la realidad del contrato mismo. Es cierto que en el mandato sin representación puede haber una especie de simulación, en cuanto el mandante se oculta y hace que el mandatario se presente personalmente a contratar con terceros, pero esa simulación se realiza en el mandato, no en el contrato que el mandatario celebra en su propio nombre. Por consiguiente, el tercero que contrata con el mandatario que obra por sí, no en representación de otro, es ajeno en absoluto a lo convenido privadamente entre mandante y mandatario. Si éste fue un testaferro, una interpuesta persona, la ficción, ignorada por el tercero, está ausente del contrato que el tercero celebró con quien presentó en su propio nombre.

2.—La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transmitirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del C. C., al permitir el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato co-

rresponden al mandante y a él lo benefician exclusivamente. Pero en nada afecta esta posibilidad de acreditar la existencia de un contrato de mandato oculto entre quien aparece como comprador y un tercero que en ninguna forma intervino en el contrato, la eficacia y validez de éste, si ha sido celebrado con la observancia de los requisitos y solemnidades que la ley exige. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato. La acción del mandante en este caso, para beneficiarse de los efectos del contrato celebrado, se ejercita naturalmente sobre la completa validez de la convención.

3.—El estado civil puede ser resultado de un acto voluntario de la persona humana o provenir de un hecho ajeno por completo a su voluntad, pero aún en el primer caso es la ley, no el individuo, la que reglamenta todos los efectos jurídicos de la institución que el estado civil supone, sin dejarle a la persona ninguna libertad de acción para modificar en nada los derechos y obligaciones inherentes a la situación que ha surgido, según los haya la misma ley establecido obligatoriamente. Es el orden público en función imperativa, como que de cuestiones fundamentales de la familia, base de la sociedad, se trata. De ahí que el estado civil no pueda ser negociable, ni prestarse a transacciones, ni ser objeto de renunciaciones o desistimientos, y ni siquiera de libertad pro-

batoria para acreditarlo. De ahí también que, en cuanto a la capacidad y a sus elementos esenciales, lleve en sí, palpitante, la noción de soberanía de cada Estado, en acción intransigente, indispensable para la defensa de sus instituciones tutelares. Se comprende así que para tales extremos surja la necesidad del estatuto personal, como único medio de poner el país a salvo de extrañas intromisiones y de los caprichos de la libre determinación del ciudadano. Y como el individuo, por actos voluntarios, podría crear estados civiles contrarios a las instituciones básicas de la nación a que pertenece, el legislador véase obligado, en defensa de ellas, a coartar su libertad, imponiéndole limitaciones cuando actúa amparado por leyes extranjeras, del mismo modo que se las impone cuando obra dentro de su propio país.

No es otro el fundamento jurídico del artículo 19 del C. C., según el cual "los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

"1º En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el Gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

"2º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior".

Atendiendo a los principios que acaban de exponerse, debió el legislador preocuparse por la suerte de las instituciones fundamentales del Estado en los casos en que el colombiano actúe, no ya dentro de su propio territorio, en el cual están sometidos nacionales y extranjeros a la ley colombiana (artículo 18 del C. C. y 57 del C. de R. P. y M.), sino fuera de sus fronteras. Sentó para ello la norma transcrita, que liga a su ley nacional al colombiano residente o domiciliado en el extranjero, para todo lo relativo al estado civil y a su capacidad de efectuar actos que hayan de tener efecto en Colombia, lo mismo que en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, en cuanto a su cónyuge y parientes se

refiera. De este modo y en las materias indicadas, el estatuto personal sigue al colombiano a todas partes. Por consiguiente, el modo de adquirir y extinguirse el estado civil, los derechos y obligaciones inherentes al mismo, la capacidad para efectuar ciertos actos, se rigen necesariamente por nuestra ley en todo aquello que haya de tener efecto en Colombia, aunque el nacional obre en país extranjero. Y se entiende, según lo dice Claro Solar comentando el artículo 15 del Código Civil chileno, cuyo ordinal 1º es igual al de nuestro artículo 19, que el acto ha de tener efecto en Colombia cuando los derechos que de él nacen han de ejercitarse y las obligaciones que produce han de cumplirse en Colombia.

4.—Podría pensarse que según el artículo 15 de la Ley 57 de 1887, la declaración oficiosa de nulidad de un matrimonio debería hacerse en todo caso en que el juez encuentre plenamente probada la existencia de un impedimento insubsanable, aunque la declaración no haya sido demandada; pero resulta que de acuerdo con el código de procedimiento civil, el juicio de nulidad del matrimonio civil se sigue por los trámites del ordinario de mayor cuantía, y que la demanda debe notificarse al Agente del Ministerio Público para que intervenga en interés de la moral y de la ley, y, especialmente, en defensa de los intereses de los hijos.

Según esto, ¿cómo podría el juez, sin haberse cumplido esa última formalidad y sin que medie una súplica expresa de anulación, decretar oficiosamente la nulidad? Pero, de otro lado, ¿cómo pretender que cuando la demanda no versa sobre nulidad del matrimonio sino sobre efectos del mismo, no pueda el juez desconocer su validez, para deducir de ese desconocimiento las consecuencias legales, si encuentra plenamente demostrada la nulidad absoluta del contrato matrimonial y si un texto expreso de la ley le ordena declararla de oficio?

La solución de este aparente conflicto es, en concepto de la Sala, la siguiente: la nulidad declarada mediante demanda expresa al respecto, con intervención del Ministerio Público, por los trámites del Capítulo I, Título XIX del C. J., produce efectos ERGA OMNES, al paso que la nulidad que se declara de oficio, sin las formalidades expre-

sadas, produce efectos INTER PARTES solamente, lo que no significa que tales efectos se limiten al juicio en que aquélla ha sido declarada, pues racionalmente operan en lo sucesivo sin limitación alguna, para regular los efectos que del contrato anulado emanen para las partes contratantes.

De este modo se armonizan los artículos 15 de la Ley 57 de 1887 y 782 y 783 del C. de P. C., si es que estos últimos no fijaron el sentido y alcance del primero.

Una solución distinta conduciría al absurdo de que un matrimonio viciado por algún impedimento dirimente, insubsanable, condenado por la moral y las buenas costumbres y contrario al orden público, tendría que ser respetado por la justicia mientras su anulación no fuera declarada en sentencia firme, previa la acción directa correspondiente, con intervención del Ministerio Público y por el procedimiento del juicio ordinario, no obstante existir disposición legal expresa que ordena al juez desconocer de oficio la validez de ese contrato.

5.—La simple separación de bienes, que se efectúa sin divorcio, presupone la subsistencia del matrimonio, de tal manera que a virtud de ella no terminan, no se suspenden siquiera, las obligaciones y derechos que, en cuanto a las personas, son inherentes al estado de matrimonio. La separación sólo mira a las relaciones patrimoniales entre los consortes, las cuales quedan sujetas, en sus efectos y aún respecto de la capacidad de la mujer, a la reglamentación que la ley establece en el estado de separación.

De donde se infiere rectamente que cuando el matrimonio es absolutamente nulo y así se declara por el juez, aunque la declaración sólo se haga INTER PARTES, la acción de simple separación es jurídicamente imposible, porque con la anulación se extingue el vínculo matrimonial y sólo quedan vivos aquellos efectos del matrimonio que la ley señala expresamente.

6.—El gerente o administrador de una compañía que reconoce, en los términos de la ley, hechos que la afectan u obligaciones que a ella se atribuyen, confiesa. Y esta confesión probará plenamente CONTRA LA SOCIEDAD, si es judicial, y también si, siendo extrajudicial, no queda duda alguna, a juicio del juez, acerca de la confesión mis-

ma. Pero ésta no prueba contra terceros, a quienes aquél no representa, y terceros son los socios o accionistas, personas distintas de la jurídica (artículos 604, 606, 608 y 607 del C. J. y 1769 y 2079 del C. C.).

Y si, el administrador de la sociedad es a un mismo tiempo socio de ella, que como tal intervino en su constitución y en su liquidación, sus declaraciones, en cuanto afectan a sus consocios, ni tienen valor de confesión contra ellos, ni pueden considerarse como contraescrituras, las cuales han de emanar de todos los contratantes (artículo 1766 C. C.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Por la escritura 1814 de 31 de octubre de 1940, de la Notaría 5ª de Bogotá, Isidro Venegas y María del Carmen Saccone de Neira constituyeron la sociedad colectiva de "Venegas & Saccone", con domicilio en esa ciudad y capital de diez mil pesos, aportados por partes iguales.

Venegas pagó su aporte con el lote de terreno número 13-A-48 de la calle 24 de la misma ciudad, y la señora Saccone en dinero efectivo.

El objeto de la sociedad fue la construcción de una casa en el lote de terreno expresado, y estipulóse que, una vez terminada la edificación, el dominio de todo el inmueble pasaría al socio que pagara al otro seis mil pesos, a menos que ambos estuvieran dispuestos a ello, pues entonces se vendería la finca a un tercero, para repartir el precio por partes iguales entre los socios.

Liquidóse la sociedad por la escritura 154 de 27 de enero de 1943, de la citada Notaría, adjudicándose el dominio pleno del predio a la señora Saccone, quien, de acuerdo con lo convenido, pagó a Venegas seis mil pesos.

En marzo de 1944, el doctor César Neira Borda demandó, ante el Juez del Circuito de Armenia, a María del Carmen Saccone de Neira, para que se declarara, en síntesis, lo siguiente:

Primero.—Que el demandante es dueño de la finca referida, por haber pagado tanto el aporte de la demandada a la sociedad de "Venegas & Saccone" como los seis mil pesos a Venegas que

determinaron la adjudicación del predio a la señora Saccone en la liquidación de la sociedad.

Segundo.—Que, en consecuencia, se condene a la demandada a restituir la finca, con sus frutos.

Tercero.—Que, en subsidio, se le condene a pagarle la suma de once mil doscientos cincuenta pesos, con sus intereses.

Cuarto.—Que se decrete la separación de bienes entre demandante y demandada, con la consiguiente división de gananciales y entrega a cada uno de lo que le corresponda.

Fundáronse estas acciones en los siguientes hechos principales, que se compendian: El doctor Neira y María del Carmen Saccone contrajeron matrimonio civil el 9 de noviembre de 1938, ante un funcionario del Cantón de Guayaquil, República del Ecuador. El doctor Neira y su mujer convinieron en que ésta figurara como socio de la compañía "Venegas & Saccone", suministrando aquél tanto el dinero que aportó la señora Saccone como los seis mil pesos que ella pagó a Venegas para quedar dueña exclusiva de la finca, al liquidarse tal sociedad. La señora Saccone, sin consentimiento de su marido y sin causa justa, abandonó el hogar y sus deberes de esposa y madre, pues del matrimonio había nacido Edgar del Carmen, quien siguió en Armenia al lado de su padre. Durante la sociedad conyugal Neira-Saccone se adquirió el inmueble referido, por los medios ya indicados, y de él está en posesión la demandada, quien lo disfruta desde el 27 de enero de 1943, con exclusión del demandante.

Sin oposición de la señora Saccone, quien no contestó la demanda, terminó la primera instancia con la sentencia de 28 de septiembre de 1946, que negó las tres primeras súplicas y acogió la cuarta, decretando la separación de bienes allí solicitada.

Por apelación concedida a ambas partes, el Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de 22 de agosto de 1947, revocó la de primer grado y absolvió a la demandada de todos los cargos, sin costas en las instancias.

La casación.—Procede la Corte a decidir este recurso, otorgado a la parte actora y legalmente sustanciado.

"Impugno el fallo recurrido —dice el demandante en casación— por la causal 1ª del artículo 520 del C. J., por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por errónea interpretación, por aplicación indebida y por falta de aplicación.

"Es asimismo, violatorio el fallo de la misma

ley sustantiva por mala apreciación de las pruebas, por no tenerlas en cuenta, todo lo cual llevó al Tribunal a cometer errores de derecho y de hecho que aparecen de manifiesto en los autos".

Antes de analizar los distintos cargos que formula el recurrente en desarrollo del preámbulo que acaba de transcribirse, conviene conocer las razones en que se funda la sentencia atacada, pues de este modo se facilita la comprensión y el alcance de aquéllos.

Acción reivindicatoria.—Para rechazarla, el Tribunal parte de la base de que el actor apoya su dominio en el solo hecho de haber sido él quien suministró tanto el dinero que aparece aportado por la señora Saccone a la sociedad de "Venegas & Saccone" (escritura 1814 de 1940, Notaría 5ª de Bogotá) como los seis mil pesos que dicha señora pagó al socio Venegas para que la finca entera se le adjudicara a ella en la liquidación de la misma sociedad (escritura 154 de 1943, de la citada Notaría).

Tal afirmación del demandante descansa en esta otra: que hubo simulación al hacer figurar como socio de la compañía expresada a la señora Saccone en vez del actor Neira Borda. Y el Tribunal observa que "si el demandante pretende derivar la acción reivindicatoria como consecuencia de la simulación en los contratos mediante los cuales la señora Saccone obtuvo la posesión inscrita del inmueble de que se trata, debió el actor pedirlo así en la demanda y dirigir ésta, como es obvio, no solamente contra la señora Saccone sino también contra el señor Isidro Venegas como parte que fue en ambos contratos".

Pero el Tribunal va más lejos. Estudia las pruebas del proceso y llega a la conclusión de que ellas "no inducen al convencimiento de la veracidad del hecho sostenido por el actor como base de la acción reivindicatoria".

Acción de pago.—Desechola el Tribunal por no encontrarla probada, pues "se funda en los mismos hechos básicos de la acción reivindicatoria o de dominio".

Acción de separación de bienes.—Según el Tribunal, esta acción supone necesariamente sociedad conyugal, la cual sólo surge del hecho del matrimonio. Pero el celebrado entre demandante y demandada en el Ecuador es absolutamente nulo, por haberlo sido en contravención a nuestras leyes, ya que el doctor Neira estaba ligado por el vínculo de un matrimonio válidamente contraído en Colombia, de suerte que esa segunda unión no puede producir aquí ningún efecto

civil, ni, por tanto, dar origen a sociedad conyugal, indispensable ésta para la acción de separación de bienes.

Complementa su tesis el sentenciador con el rechazo de la pretensión del actor de que su divorcio de Mary Pavolini, decretado por la Curia Primada de Bogotá, disolvió el vínculo de su matrimonio con dicha señora, por lo cual podía él casar válidamente con la señora Saccone.

Los cargos.—La impugnación por violación de ley sustantiva comprende, según el recurrente:

a) Quebranto **directo** de los artículos 1766, 1759 y 1769 del C. C., por no haberlos aplicado el Tribunal, siendo el caso de hacerlo, ya que el demandante es un tercero en los contratos de sociedad y liquidación que constan en las escrituras públicas mencionadas, los cuales sólo hacen fe entre las partes contratantes, “pero en ningún caso contra el demandante quien no aparece de manera directa en el otorgamiento y firma de las escrituras citadas”.

b) Infracción de **tales disposiciones** “por errónea interpretación, al considerar al demandante Neira Borda como parte” en aquellos contratos, “no colocándolo en la situación favorable de tercero y a quien tales contratos, como tal, perjudican, para efectos de la prueba, ya que los terceros, no están obligados a presentar el acto oculto que se quiere hacer prevalecer sobre la (sic) aparente, en forma escrita o literal sino que están amparados para establecer la simulación, con todos los medios de prueba que la ley establece, lo que llevó al fallador de segunda instancia, a resolver desfavorablemente las peticiones del actor”.

c) Violación de las **mismas disposiciones** por indebida interpretación de ellas, “al tomar al señor Isidro Venegas como **tercero** y no como consocio de “Venegas & Saccone” y como **causante** y tradente de la demandada Saccone de Neira en dichos contratos y por tanto que las cartas y recibos firmados por Venegas, dice el Tribunal, no tienen valor probatorio ni hacen fe contra la causahabiente señora Saccone, no obstante que ésta deriva sus derechos en el inmueble de aquél y de la sociedad de la cual formaba parte, interpretación errónea que salta a la vista y que llevó al juzgador a no darle a tales cartas el valor probatorio que la misma ley le señala”.

d) Violación **directa** de los artículos 1761 y 1762 del C. C., “por no haberlos tenido en cuenta en este caso, siendo de estricta aplicación sus textos, y por errónea interpretación de ellos, en cuanto

no dio valor probatorio, de plena prueba, a dichas cartas y recibos del mentado señor Isidro Venegas dirigidas al actor César Neira Borda, íntimamente relacionado con el negocio de la construcción de la casa objeto de esta controversia, como causante de la demandada, y contra la cual hacen fe y tienen fecha cierta desde su otorgamiento”.

e) Quebranto del artículo 91 de la ley 153 de .887, por no haberlo aplicado, siendo el caso de hacerlo, y por errónea interpretación, “al no aceptar al demandante la prueba de testigos en cuanto con ellos se destruía en tales contratos el nombre ostensible o aparente de la señora Saccone, para sustituirlo por el del actor como verdadero y oculto. Error que consiste en no considerar al doctor Neira Borda, como ya se vio, como tercero en los prenombrados contratos, y quien en tales condiciones de tercero tiene pleno derecho a hacer valer la prueba de testigos, indicios, etc.”.

f) Violación de los artículos 92 y 93 (sic), “por los mismos motivos y causas contemplados en el punto anterior”.

g) “Como consecuencia de las anteriores infracciones y por la errónea interpretación que de los textos legales hizo el Tribunal, infringió de manera directa por no aplicarlos en esta litis, los artículos 669, 741, 946, 950 y 952 del C. C., al desconocer el derecho de dominio que sobre el citado inmueble tiene el demandante, como consecuencia de la simulación que se ha demostrado y de que me he venido ocupando anteriormente, la cual quedó demostrada con las cartas recibos reconocidos en forma legal por el señor Venegas..., y por las declaraciones recibidas en las instancias del juicio con las que se acredita confesiones extrajudiciales de la demandada, y la carencia de recursos de ésta y de su incapacidad económica para sufragar el aporte social y adquirir el inmueble, cuyo costo total fue de once mil pesos (\$ 11.000.00)”.

h) Violación **directa**, por no haberlos tenido en cuenta, de los artículos 1505 y 2177 del C. C., “al no considerar la intervención de la señora María del Carmen Saccone de Neira en los contratos de sociedad y de liquidación de ella con el señor Isidro Venegas, como que ésta obraba apareciendo contratar en nombre propio y como un mandato sin representación. Pues es evidente que la señora Saccone quien aparentemente obró en tales contratos en nombre propio, a la luz de los textos antes citados actuó como una verdadera

mandataria de Neira Borda, callando u ocultando el nombre de éste, su mandante.

‘Esta postura del mandato sin representación, cuando el mandatario en ejercicio de su cargo contrata a nombre propio, no se opone a la simulación, ni en el presente caso, tampoco es un punto nuevo no debatido en el curso del juicio, como que estas disposiciones se invocaron como fundamento del derecho en el libelo materia de este juicio’.

En relación con la acción de pago, el recurrente estima que la sentencia viola **directamente**, por no haberlos aplicado, como ha debido hacerlo, los artículos 2310, 2317 y 2450 del C. C., pues está probado, según él, un enriquecimiento sin causa, que da derecho al actor para exigir la devolución de lo recibido.

Finalmente, respecto de la acción de separación de bienes, ataca la sentencia:

1º Por infracción de los artículos 180, 197, 203, 1781, 1820, 1821, 113, 115, 347 y 382 del C. C. y 2º de la Ley 8ª de 1922, ‘por no haberlos aplicado al caso de este litigio siendo el caso de hacerlo y por errada interpretación de ellos, todo lo cual llevó al Tribunal a desconocer la existencia de la sociedad conyugal y la del matrimonio civil que la constituyó...’.

2º Por violación de los artículos 1º de la Ley 39 de 1933 y 382 del C. C., 1º de las leyes 13 de 1905 y 40 de 1933, ‘por los cuales se aprobaron el tratado sobre derecho internacional privado entre las repúblicas de Colombia y el Ecuador, celebrado en Quito a 18 de junio de 1903; y por el cual se autorizó al Gobierno de Colombia para que adhiera en nombre de la República, **de manera definitiva**, al tratado sobre derecho civil internacional firmado en el Congreso Internacional Suramericano de Montevideo, en 12 de febrero de 1889 respectivamente, cuyas disposiciones entraron a formar parte de nuestro derecho civil, derogando, reformando y modificando todas aquellas leyes que sean contrarias a las disposiciones de dichos tratados, violación en que incurrió el Tribunal por no haber aplicado tales disposiciones al caso de este litigio, y por haberlas interpretado erróneamente; lo primero por no haberle reconocido el valor de plena prueba al acta del matrimonio civil celebrado en el Ecuador el 9 de noviembre de 1938, por el demandante y la demandada, acta que debidamente autenticada probó el estado de matrimonio entre éstos y de haberse celebrado en el Ecuador conforme a las leyes de ese país, lo que se presume mientras no

se demuestre lo contrario; y lo segundo por haberse interpretado indebidamente tales textos legales, en cuanto a la validez de ese matrimonio y su prueba, de acuerdo con las normas jurídicas del derecho internacional civil acordado entre los diferentes Estados, norma jurídica obligatoria de manera definitiva y para siempre mientras esos tratados no sean denunciados por Colombia en los términos estipulados en tales tratados’.

3º Violación directa de los artículos 19 y 21 del C. C., por indebida aplicación y por errónea interpretación; ‘si tenemos en cuenta que el artículo 19 citado, fue modificado por los tratados ya mencionados; por cuanto de acuerdo con éstos los actos y contratos celebrados por los colombianos en el extranjero están sometidos a las leyes del país en que se celebren o sean del domicilio matrimonial, y por cuanto las formas y requisitos de los documentos públicos se determinan por la ley del país en que hayan sido otorgados. Rigiendo en este caso para el matrimonio Neira Borda los requisitos y formas y solemnidades de las leyes de la República del Ecuador’.

Y ampliando el concepto, sostiene el recurrente que tales artículos quedaron reformados por el 1º de la ley 40 de 1933, y que el Tribunal dio al artículo 19 un alcance que no tiene, tanto por haber sido reformado por los tratados como porque tal disposición ‘sólo se refiere en lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en **algunos de los territorios nacionales**, o en asuntos de la competencia de la unión’.

Y agrega que el matrimonio Neira-Saccone en el Ecuador ‘no se celebró para tener efectos en Colombia solamente, ya que esc dependía de la residencia permanente de los esposos en el Ecuador, o en otro país, o del retorno de ellos a Colombia. Es decir, solamente sería aplicable tal artículo cuando el acto o contrato tuviera por fin exclusivo tener efectos en la nación, ya por su misma naturaleza, por el fin o destinación o porque necesariamente tuviera que cumplirse en el territorio colombiano’.

4º Quebranto de los artículos 140, 1746 del C. C., 2º de la Ley 50 de 1936, 471, 472, 782, 783 y 734 del C. J., por errónea interpretación, ‘ya que de acuerdo con estas disposiciones para invalidar un contrato de matrimonio deben seguirse las reglas trazadas por estas disposiciones, y por no haberlas aplicado el Tribunal sentenciador ya que si en su sentir el segundo matrimonio Neira Borda-Saccone era nulo por existir otro anterior

sin disolverse, estaba obligado o ha debido resolver sobre la nulidad y decretarla, como lo solicitó el apoderado de la demandada en el alegato de conclusión de segunda instancia, como lo ordena el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, caso en el cual, vendría como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal de acuerdo con el numeral 4º del artículo 1820 del C. C.”.

Errores de hecho y de derecho—Por este aspecto, formula el recurrente varios cargos contra la sentencia, imputándole al Tribunal errores de falta de apreciación y de apreciación indebida de ciertas pruebas, en relación con las distintas acciones deducidas en el juicio.

Tacha de errores de hecho manifiestos: no haber tenido en cuenta el sentenciador determinadas cartas que obran en el proceso, dirigidas al demandante por Isidro Venegas; ni los testimonios de Berta Acevedo de Venegas, Josefina Cuéllar de López, Julio Roberto Venegas, Víctor M. Solano, Emigdio Liévano y Eduardo García, Isabel Iregui de Sánchez, y Cecilia Iregui de Sánchez; ni el memorial que la demandada dirigió, el 23 de mayo de 1944, al Juez de Cali, en vísperas de absolver posiciones; no haber tomado en cuenta tales testimonios “como graves indicios, suficientes para demostrar los hechos de la demanda, por la relación íntima entre unos y otros”; no reconocer la existencia del matrimonio que contrajeron las partes el 9 de noviembre de 1938, según el acta respectiva”.

Como errores de derecho el recurrente imputa al Tribunal: a) Afirmar que las cartas mencionadas, no obstante estar reconocidas por Venegas y haber sido presentadas en el término de prueba, “no tienen el valor probatorio correspondiente a la confesión judicial, con lo cual violó los artículos 1761, 1762, 1765, 1766 y 1767 del C. C., que dan el valor de plena prueba a tales documentos”; b) “no reconocer el carácter de plena prueba a las declaraciones en tales cartas, si tenemos en cuenta que las confesiones hechas por Venegas, en ellas, para modificar lo expresado en las escrituras, lo hizo como representante de dicha sociedad, en uso de la razón social y por consiguiente esa confesión tiene plena eficacia contra la demandada, de conformidad con los artículos 607 del C. J. en armonía con los artículos 2097, 2101, 2105 del C. C. y 597, 601, 603, 606, 637 y 645 del C. J., cuyos textos violó por no aplicarlos en este caso”; c) “Violó el Tribunal el artículo 93 de la ley 153 de 1887, por error de derecho, por indebida interpretación y mala aplica-

ción en este caso al no darles a tales cartas el carácter de un principio de prueba por escrito, al menos, y para el caso de que no se tome como una contraescritura para alterar o modificar lo pactado en las tantas veces citada escritura de constitución de la sociedad “Venegas & Saccone”, si tenemos en cuenta que esas cartas fueron suscritas por el representante legal de ésta”; d) “No haberle reconocido valor a la confesión extrajudicial hecha por la demandada a los testigos Berta Acevedo de Venegas, Josefina Cuéllar de López y los testigos Iregui Sánchez, y con lo cual violó el Tribunal los artículos 604 y 608 del C. J. que reconocen a esta clase de prueba, el mérito de plena, dada la honorabilidad, sinceridad de las declarantes y sencillez de las declaraciones. El no tomar en cuenta el Tribunal estas confesiones extrajudiciales y relacionadas íntimamente con los demás elementos probatorios, que tienden a demostrar la simulación y que forman indicios más o menos fuertes y graves, íntimamente conexiónados entre sí para demostrar el hecho básico, llevó al Tribunal a violar también los artículos 696, 697, 662 y 565 del C. J., por no reconocer el valor probatorio, que estas disposiciones señalan a las pruebas antes mencionadas, y que unidas entre sí tienen el carácter de plena, lo que indujo al Tribunal a negar las súplicas de la demanda y a absolver a la demandada”; e) “Sostener que no era admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere lo que se expresa en el acto o contrato, ni admisible tampoco, para demostrar la entrega o promesa que valga más de \$ 500.00, error de derecho con lo cual violó el artículo 91 de la ley 153 de 1887, porque como ya vimos, las cartas suscritas por Venegas son contraescrituras para demostrar modificaciones en los contratos escriturarios, y por consiguiente la prueba de testigos sólo viene a complementar esa prueba, y a darle más fuerza y eficacia, aún aceptándolas como un simple principio de prueba por escrito, tales cartas”; f) “No reconocer al acta de matrimonio, el valor de plena prueba que tiene tal documento para demostrar la existencia del contrato de matrimonio de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 39 de 1933 y artículos 347, 346 y 382 del C. C., todo lo cual llevó al Tribunal a desconocer la validez, tanto del matrimonio como de la sociedad conyugal formada por éste, y el derecho del demandante para demandar la acción de separación de bienes, la liquidación de la sociedad conyugal y la distribución de gananciales”; g) “Desconocer la existencia de

la sociedad conyugal Neira Borda-Saccone, que aparece demostrada con el acta de matrimonio, y con lo cual violó el fallador los artículos 180, 197, 203, 1820 y 1821 del C. C., por no aplicarlos al caso de este litigio, siendo el caso de hacerlo”.

Considera la Corte:

1º Cargos de violación de ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea

A) En relación con la acción de dominio y con la acción de cobro de sumas de dinero.

Toda la argumentación del recurrente, en punto a violaciones de la ley sustantiva, gira sobre el eje de la simulación de la persona de una de las partes en los contratos de constitución de la sociedad de “Venegas & Saccone” y de su liquidación, por estimar que el verdadero contratante no fue la señora Saccone sino el señor Neira Borda, y que fue éste quien realmente hizo el aporte de dinero a esa compañía y quien, para liquidarla, pagó a Venegas el valor de su interés social, a fin de que la finca pudiera adjudicarse íntegramente a la señora Saccone, adjudicación que lógicamente correspondía al verdadero socio, que era Neira Borda.

Pero al mismo tiempo alega el recurrente que la señora Saccone obró en tales contratos como mandataria sin representación de Neira Borda, lo cual se opone a la simulación de persona, como es obvio. Quien así actúa lo hace en su propio nombre, y como tal se presenta ante el otro contratante, quien, por tanto, no está interviniendo en nada fingido o simulado. El recurrente destruye, pues, su propio argumento. Sitúase en un terreno deleznable. La simulación de persona en los contratos no se concibe sin que sea fraguada por todos los que en ellos intervienen como partes. De lo contrario, obedecerá a un convenio aislado, independiente del contrato, en que nada tendrán que ver los otros contratantes y que en nada podrá afectar la realidad del contrato mismo. Es cierto que en el mandato sin representación puede haber una especie de simulación, en cuanto el mandante se oculta y hace que el mandatario se presente personalmente a contratar con terceros, pero esa simulación se realiza en el mandato, no en el contrato que el mandatario celebra en su propio nombre. Por consiguiente, el tercero que contrata con el mandatario que obra por sí, no en representación de otro, es ajeno en

absoluto a lo convenido privadamente entre mandante y mandatario. Si éste fue un testaferro, una interpuesta persona, la ficción, ignorada por el tercero, está ausente del contrato que el tercero celebró con quien presentóse en su propio nombre.

El demandante, al alegar simulación en el contrato de sociedad “Venegas & Saccone” y en el de liquidación de esa compañía, ha debido no sólo demandar la declaración de simulación sino dirigir también dicha acción contra el señor Venegas, quien fue parte en esos contratos. Y en concepto de la Sala el Tribunal no erró al declarar que la omisión de ambos presupuestos hacía imposible la prosperidad de la acción de dominio y de la acción de pago, básicamente derivadas de la simulación. Porque procedimentalmente no puede —sin súplica expresa y sin oír a Venegas— cambiarse la persona con quien él contrató. Venegas y la Saccone son, recíprocamente, sujetos activos y pasivos de los derechos y obligaciones que surgieron de tales convenios, y sin audiencia de ambos no es posible eliminar a ninguno de los dos, para reemplazarlo por otro. Nada autoriza a la justicia para presumir que el cambio no afectaría al contratante que no ha intervenido en el juicio. Esta presunción, aún suponiéndola evidente, no justificaría que se menoscabara a Venegas, sin haber sido oído y vencido, en el derecho que tiene de considerar que contrató sociedad con la Saccone personalmente, que con ella liquidó esa compañía, que a dicha señora, no a persona distinta, vendió su interés social, que contra ella habrá de dirigir cualquier acción que la ley le otorgue como consecuencia de aquellos contratos.

Y cuando el recurrente, contradiciéndose, invoca el mandato sin representación, para que la contratante Saccone quede sustituida por Neira Borda, lo cual, como es claro, supone la existencia y realidad jurídica de las expresadas convenciones, olvida que para obtener una declaración judicial al respecto es indispensable haberla pedido en la demanda y haber acreditado plenamente el mandato. Por eso ha dicho la Corte que “la acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transmitirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del C. C. al permitir el mandato oculto, nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra su apoderado para que se declare, a través de un ade-

cuando establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. Pero en nada afecta esta posibilidad de acreditar la existencia de un contrato de mandato ocultó entre quien aparece como comprador y un tercero que en ninguna forma intervino en el contrato, la eficacia y validez de éste, si ha sido celebrado con la observancia de los requisitos y solemnidades que la ley exige. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato. La acción del mandante en este caso, para beneficiarse de los efectos del contrato celebrado, se ejercita naturalmente sobre la completa validez de la convención...". (G. J. número 1932, pág. 48).

El recurrente parece atribuir al Tribunal el reconocimiento de la simulación, cuando dice en su demanda: "...de suerte pues, que en el último caso, al reconocerse en el fallo, que hubo simulación en cuanto el nombre de la persona que aparece como adquirente, por haberse ocultado el verdadero nombre, de éste, surge como consecuencia el reconocimiento del dominio en cabeza del actor".

Pero nada más inexacto. El Tribunal rechaza la acción de dominio, lo mismo que la de pago, con dos razones, a saber: 1ª Que el actor no ha exhibido título alguno de dominio, ni ha fundado su pretensión en una posesión anterior al título de la demandada, y que si la reivindicación la deriva "de la simulación en los contratos mediante los cuales la señora Saccone obtuvo la posesión inscrita del inmueble de que se trata, debió el actor pedirlo así en la demanda y dirigir ésta, como es obvio, no solamente contra la señora Saccone sino también contra el señor Isidro Venegas como parte que fue en ambos contratos". 2ª Que de las pruebas del proceso, que el Tribunal analiza, no resulta acreditada la simulación, única base de la acción reivindicatoria.

Para la Sala, como ya se dijo, ese primer fundamento del fallo es perfectamente jurídico. En cuanto al segundo, relacionado como está con las probanzas, no podría implicar sino violaciones indirectas de ley sustantiva, que son materia de otros cargos.

No tenía, pues, por qué aplicar el Tribunal las disposiciones que definen lo que es dominio y lo que es tradente, ni aquellas que con la reivindicación se relacionan, desde luego que no encon-

tró probado el derecho de propiedad en el actor; ni el artículo 1505 del C. C., puesto que tampoco halló prueba de que la señora Saccone hubiera obrado, en los referidos contratos, en representación del señor Neira Borda.

En cuanto a los artículos 1759, 1765, 1766 y 1769 ibidem, no es exacto que el Tribunal no haya aplicado los dos primeros, pues él dio plena fe a las declaraciones hechas por los contratantes en las escrituras públicas en que constan el contrato de sociedad y su liquidación, pero es claro que no podía dársele en favor ni en contra del demandante, quien efectivamente es un tercero, extraño en absoluto a tales convenciones. Y que no era el caso de aplicar el 1766 lo demuestra el simple hecho de que ninguna contraescritura, pública o privada, está en juego en este litigio. Las contraescrituras, para ser tales, han de provenir de los mismos contratantes. El Tribunal, por lo demás, no ha desconocido la fuerza probatoria de la confesión judicial (artículo 1769). Simplemente, no encontró confesión de la demandada.

El sentenciador no ha considerado a Neira Borda como parte en los contratos de sociedad y liquidación, según lo afirma el recurrente en el aparte b), página 16 de la demanda, para deducir de ese falso supuesto que fueron infringidas tales disposiciones por errónea interpretación, lo cual es contrario también a la afirmación de que ellas no fueron aplicadas, contradicción en que incurre a cada paso el recurrente, al formular sus cargos de violación de ley sustantiva.

El cargo de indebida interpretación de las mismas disposiciones, sintetizado en el aparte c) de la citada página, dice relación a violación indirecta, comoquiera que se refiere al valor probatorio de cartas y recibos, desconocido en la sentencia. Cuando se estudian los errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas, imputados al juzgador, será la ocasión de examinarlo.

Otro tanto ocurre con el cargo d), calificado de violación directa de los artículos 1761 y 1762 del C. C., "por no haberlos tenido en cuenta en este caso, siendo de estricta aplicación sus textos, y por errónea interpretación de ellos, en cuanto (el Tribunal) no dio valor probatorio, de plena prueba, a dichas cartas y recibos...", frase esta última que claramente está indicando que la violación, de haberla, sería indirecta.

Acúsase también la sentencia por violación de los artículos 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887, por no haberlos aplicado y por errónea interpre-

tación, "al no aceptar al demandante la prueba de testigos en cuanto con ellos se destruía en tales contratos el nombre ostensible o aparente de la señora Saccone, para sustituirlo por el de el actor como verdadero y oculto".

El cargo es inocuo, pues aunque se hubiera aceptado la prueba testimonial para acreditar la simulación, y aunque ésta resultara así plenamente comprobada, no habría podido declararse, por no haberse deducido esta acción en la demanda, ni haberse dirigido ésta contra el otro contratante. Pero el Tribunal, innecesariamente, si analizó los testimonios, en los cuales no encontró prueba de la interposición de persona que con ellos se pretendió acreditar. Si aplicó, correctamente en concepto de la Sala, el artículo 91, lo hizo para abundar en razones. El hecho de que los terceros, según está admitido por la jurisprudencia, puedan recurrir a todos los medios probatorios reconocidos por la ley, en orden a probar simulaciones contractuales que los perjudiquen, no significa que puedan hacerlo sin sujeción a las reglas que la misma ley establece. Así, ello no quiere decir que el tercero esté eximido de prueba solemne, cuando la ley la exige, o de prueba escrita, cuando de entrega o promesa de cosa que valga más de quinientos pesos se trata; o que se le admitan testimonios para probar alteraciones o adiciones de lo estipulado en una convención.

Los cargos que en los apartes g), h) de la página 17 de su demanda concreta el recurrente, va fueron examinados.

Finalmente, está mal formulado el cargo de violación directa de los artículos 2310, 2317 y 2450 del C. C., pues el recurrente deduce la infracción de las pruebas, como puede versè transcribiendo los siguientes apartes de la exposición que hace en las páginas 19 y 22 de su demanda, donde se lee:

"Impugno el fallo de segunda instancia, en cuanto se refiere a esta súplica (acción de pago), al considerar el Tribunal que no estaba probado que la demandada debiera al demandante, la expresada cantidad de \$ 11.250.00 m/c y con lo cual violó el fallador varios textos legales que a continuación expreso".

"El haber desestimado el Tribunal este acervo probatorio (cartas, recibos, testimonios), lo llevó a la violación de las leyes sustantivas antes mencionadas como consecuencia de ello, y por no haberlas aplicado, a no hacer la declaración solicitada y, como consecuencia, a absolver a la demandada de este cargo...".

B) En relación con la acción de simple separación de bienes.

Todas las violaciones de ley sustantiva de que se queja el recurrente en esta sección de su demanda tienen como cimientó la afirmación de que el matrimonio civil que en el Ecuador contrajeron, ante funcionario de ese país, el demandante y la demandada, es válido y produce plenos efectos civiles en Colombia, uno de los cuales es haber dado origen a sociedad conyugal entre los contratantes, quienes tienen, por tanto, en los casos de la ley, la acción de simple separación de bienes.

Sostiene la sentencia, como ya se ha dicho, la tesis contraria. En ella se lee: "Estima, en síntesis, este Tribunal que el matrimonio celebrado por el doctor César Neyra Borda con María del Carmen Saccone en la República del Ecuador, lo fue en contravención de las leyes colombianas, que en tratándose del estado civil de las personas, como ya se dijo, rigen para los nacionales colombianos aún residentes o domiciliados en país extranjero. En consecuencia, no puede pretender el doctor Neyra Borda que por los Tribunales colombianos se reconozcan efectos civiles a aquella unión o contrato matrimonial, por ser éste entre nosotros ilícito y contrario al orden público, aun cuando en el Ecuador se le reconozca plena validez. Se trata, pues, de uno de aquellos casos en que la *lex fori*, es decir, la ley nacional del Juez, prevalece en absoluto sobre la ley extranjera, ya que un Juez que administra justicia en nombre de la República de Colombia no puede permitir que su propia ley, en materia de estado civil de personas colombianas, ceda ante una ley contraria extranjera acerca de ese mismo punto. Y como uno de los efectos civiles del matrimonio válido en Colombia es la formación de una sociedad de bienes entre los cónyuges (art. 180 del C. C.), no puede reconocerse la existencia de esa sociedad conyugal entre César Neyra Borda y María del Carmen Saccone, precisamente por no poderse aceptar como matrimonio válido en Colombia el celebrado por ellos en el Ecuador.

"Ahora bien, como la acción de separación de bienes presupone necesariamente, como se dijo atrás, la existencia de la sociedad conyugal, no puede accederse en el caso de autos, por sustracción de materia, a la súplica contenida en el punto 4º de la parte petitoria de la demanda. Es decir, que el fallo de primera instancia es injurídico en cuanto por él se decretó la separación de bienes entre los esposos señores César Neyra Borda y María

del Carmen Saccone", por lo cual dicho fallo habrá de revocarse".

Vuelve el recurrente a quejarse de violación de unas mismas disposiciones sustantivas tanto por no haber sido aplicadas como por haber sido erróneamente interpretadas por el Tribunal. Pasando por alto, con criterio de amplitud, la contradicción palmaria que ello implica, entra la Sala a examinar el problema de fondo, para ver si prospera uno de esos dos postulados, que se excluyen.

El demandante, señor Neyra Borda, casó católicamente, el 4 de enero de 1927 y en la parroquia de Santa Bárbara de Bogotá, con Mary Pavolini, matrimonio respecto del cual la Curia Primada de la misma ciudad decretó el divorcio perpetuo y temporal, *quoad thorum et cohabitationem*, en sentencia de 9 de septiembre de 1933.

Estando vigente el vínculo de dicho matrimonio, el doctor Neyra Borda casó civilmente, el 9 de noviembre de 1938, ante el Jefe de Registro Civil del Cantón de Guayaquil, República del Ecuador, con María del Carmen Saccone, colombianos ambos contrayentes.

La Corte está de acuerdo con el Tribunal en que este segundo matrimonio es absolutamente nulo en Colombia.

"El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles", dice el artículo 346 de nuestro código civil.

Puede ese estado ser resultado de un acto voluntario de la persona humana o provenir de un hecho ajeno por completo a su voluntad, pero aún en el primer caso es la ley, no el individuo, la que reglamenta todos los efectos jurídicos de la institución que el estado civil supone, sin dejarle a la persona ninguna libertad de acción para modificar en nada los derechos y obligaciones inherentes a la situación que ha surgido, según los haya la misma ley establecido obligatoriamente. Es el orden público en función imperativa como que de cuestiones fundamentales de la familia, base de la sociedad, se trata. De ahí que el estado civil no pueda ser negociable, ni prestarse a transacciones, ni ser objeto de renunciaciones o desistimientos, y ni siquiera de libertad probatoria para acreditarlo. De ahí también que, en cuanto a la capacidad y a sus elementos esenciales, lleve en sí, palpitante, la noción de soberanía de cada Estado, en acción intransigente, indispensable para la defensa de sus instituciones tutelares.

Se comprende así que para tales extremos sur-

ja la necesidad del estatuto personal, como único medio de poner el país a salvo de extrañas intrusiones y de los caprichos de la libre determinación del ciudadano. Y como el individuo, por actos voluntarios, podría crear estados civiles contrarios a las instituciones básicas de la nación a que pertenece, el legislador véase obligado, en defensa de ellas a coartar su libertad, imponiéndole limitaciones cuando actúa amparado por leyes extranjeras, del mismo modo que se las impone cuando obra dentro de su propio país.

No es otro el fundamento jurídico del artículo 19 del C. C., según el cual "los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

"1º—En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el Gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

"2º—En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior".

Atendiendo a los principios que acaban de exponerse, debió el legislador preocuparse por la suerte de las instituciones fundamentales del Estado en los casos en que el colombiano actúe, no ya dentro de su propio territorio, en el cual están sometidos nacionales y extranjeros a la ley colombiana (artículos 18 del C. C. y 57 del C. R. P. y M.), sino fuera de sus fronteras. Sentó para ello la norma transcrita, que liga a su ley nacional a colombiano residente o domiciliado en el extranjero, para todo lo relativo al estado civil y a su capacidad de efectuar actos que hayan de tener efecto en Colombia, lo mismo que en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, en cuanto a su cónyuge y parientes se refiera. De este modo y en las materias indicadas, el estatuto personal sigue al colombiano a todas partes. Por consiguiente, el modo de adquirir y extinguirse el estado civil, los derechos y obligaciones inherentes al mismo, la capacidad para efectuar ciertos actos, se rigen necesariamente por nuestra ley en todo aquello que haya de tener efecto en Colombia, aunque el nacional obre en país extranjero. Y se entiende, según lo dice Claro Solar comentando el artículo 15 del Código Civil chileno, cuyo ordinal 1º es igual al de nuestro artículo 19, que el acto

ha de tener efecto en Colombia cuando los derechos que de él nacen han de ejercitarse y las obligaciones que produce han de cumplirse en Colombia (Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo 1º, pág. 95).

Pero alega el recurrente que el citado artículo 19 "fue modificado por los tratados ya mencionados". Se refiere al de Derecho Internacional Privado entre Colombia y el Ecuador, celebrado en Quito el 18 de julio de 1903 y aprobado por nuestra ley 13 de 1905, y al que tuvo origen en el Congreso Internacional Suramericano de Montevideo, en 1889.

Respecto del primero, no indica el recurrente cuál sea la disposición que modificó el artículo 19. A la Corte le basta advertir lo contrario, es decir, que el principio consagrado en el artículo 19 de nuestro C. C. conservó su plena integridad en ese tratado, como puede verse en su artículo II, según el cual "el estado y la capacidad jurídica de las personas se juzgarán por su **ley nacional**, aunque se trate de **actos ejecutados** o de bienes existentes en el **otro país**; el artículo IV (transcrito sólo en parte por el recurrente), que sujeta el juzgamiento de los contratos celebrados en el otro país, en cuanto a su validez y efectos jurídicos, a la ley del lugar de su celebración, pero agregando que si ellos, por su naturaleza o por convenio de las partes, hubieren de **cumplirse en la República**, se sujetarán a las leyes de ésta; el artículo VII, que atribuye al matrimonio celebrado en el país extranjero, en conformidad a sus leyes o a las leyes de la otra nación signataria, los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en ella, pero con la salvedad de que "si un nacional contrajere matrimonio en la otra nación, **contraviniendo de algún modo a las leyes de su país, la contravención surtirá en éste los mismos efectos que si se hubiere cometido en él**; el artículo IX, según el cual "la capacidad jurídica para contraer matrimonio se juzgará por la **ley nacional de los contrayentes**"; y el artículo LIII, que establece: "Las leyes, sentencias, **contratos y demás actos jurídicos** que hayan tenido origen en el país extranjero, sólo se observarán en la República en cuanto no sean incompatibles con su Constitución política, con las leyes de orden público o con las buenas costumbres". (Subraya la Sala).

De manera que, según el artículo VII de ese tratado, si el matrimonio celebrado aquí por colombianos es nulo por cualquier causa legal—subsistencia en alguno de los contrayentes del vincu-

lo de un matrimonio anterior, por ejemplo—lo será también si lo contraen en el Ecuador, pues la contravención surte en Colombia los mismos efectos que si aquí se hubiera cometido.

Y respecto del tratado de Montevideo, es suficiente observar, como lo hace el opositor al contestar la demanda de casación, que el recurrente no ha probado que el Ecuador haya adherido a ese tratado, sin lo cual no es posible aplicar sus normas a las relaciones de ese país con Colombia. Pero, aunque así fuera, el artículo 11º de dicho pacto resolvería en contra la validez del matrimonio Neyra-Saccone, pues aunque de conformidad con el primer miembro de tal disposición se rigen por la *lex loci* la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, su segunda parte es de este tenor: "Sin embargo, los estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos...

e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente".

Y no se diga que dicha estipulación es simplemente potestativa, como lo cree el recurrente, pues la salvedad anotada obedece a un principio de orden público, exigido por el interés social y por las buenas costumbres, que hace obligatorio para los jueces colombianos el desconocimiento absoluto de la validez de matrimonios a cuya celebración se oponía algún impedimento dirimente, según sus propias leyes; ni se argumente que en el Ecuador el divorcio disuelve el vínculo, pues, aunque así estuviera probado, en Colombia no es así, y la disolución se rige, respecto de matrimonios contraídos en Colombia, por la ley colombiana.

No considera necesario la Sala entrar a demostrar que el matrimonio canónico—carácter que tuvo el celebrado por el demandante con Mary Pavolini—no admite divorcio vincular. El Tribunal hace al respecto una exposición completa y documentada, que la Corte acoge sin restricciones. Bástale anotar que, aunque independiente de la civil, la legislación canónica "será solemnemente respetada por las autoridades de la República", según el mandato del artículo 16 de la ley 153 de 1887. Los jueces colombianos han de respetar, pues, el principio de la indisolubilidad del matrimonio eclesiástico, que es canon de la legislación de la Iglesia católica, como lo es también de nuestra legislación civil, en la cual el

matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges (artículo 152 del C. C.).

Estando, pues, vigente el vínculo matrimonial del demandante, señor Neyra Borda, resultante de su unión con Mary Pavolini en Bogotá, en el año de 1927, por los ritos católicos, el matrimonio que dicho señor contrajo en el Ecuador con la demandada Maria del Carmen Saccone, en 1938, es, absolutamente nulo (numeral 12 del artículo 140 del C. C.).

Pero alega el recurrente que el Tribunal debió decretar la nulidad del matrimonio Neyra-Saccone, si lo consideró nulo, y que no habiéndolo hecho así, dicho matrimonio debió reputarse legítimo, mientras no sea anulado en sentencia judicial y con aplicación del procedimiento correspondiente.

No está de acuerdo la Sala con este razonamiento, que, en su opinión, combate el opositor con decisivas razones. En efecto, el artículo 15 de la ley 57 de 1887 dice: "las nulidades a que se contraen los números 7º, 8º, 9º, 11 y 12 del artículo 140 del Código y el número 2º del artículo 13 de esta ley, no son subsanables, y el juez deberá declarar, aún de oficio, nulos los matrimonios que se hayan celebrado en contravención a aquellas disposiciones prohibitivas".

Podría pensarse que la declaración oficiosa de nulidad debería hacerse, según dicho texto legal, en todo caso en que el juez encuentre plenamente probada la existencia de un impedimento insubsanable, aunque la declaración no haya sido demandada; pero resulta que de acuerdo con el código de procedimiento civil el juicio de nulidad del matrimonio civil se sigue por los trámites del ordinario de mayor cuantía, y que la demanda debe notificarse al Agente del Ministerio Público para que intervenga en interés de la moral y de la ley, y, especialmente, en defensa de los intereses de los hijos.

Según esto, ¿cómo podría el juez, sin haberse cumplido esa última formalidad y sin que medie una súplica expresa de anulación, decretar la nulidad oficiosamente? Pero, de otro lado, ¿cómo pretender que cuando la demanda no versa sobre nulidad del matrimonio sino sobre efectos del mismo, no pueda el juez desconocer su validez, para deducir de ese desconocimiento las consecuencias legales, si encuentra plenamente demostrada la nulidad absoluta del contrato matrimonial y si un texto expreso de la ley le ordena declararla de oficio?

La solución de este aparente conflicto es, en

concepto de la Sala, la siguiente: la nulidad declarada mediante demanda expresa al respecto, con intervención del Ministerio Público y por los trámites del capítulo I, Título XIX del C. J., produce efectos *erga omnes*, al paso que la nulidad que se declara de oficio, sin las formalidades expresadas, produce efectos *inter partes* solamente, lo que no significa que tales efectos se limiten al juicio en que aquélla ha sido declarada, pues racionalmente operan en lo sucesivo sin limitación alguna, para regular los efectos que del contrato anulado emanen para las partes contratantes.

De este modo, como muy bien lo observa el opositor, se armonizan los artículos 15 de la ley 57 de 1887 y 782 y 783 del C. de P. C., si es que estos últimos no fijaron el sentido y alcance del primero.

Una solución distinta conduciría al absurdo de que un matrimonio viciado por algún impedimento dirimente, insubsanable, condenado por la moral y las buenas costumbres y contrario al orden público, tendría que ser respetado por la justicia mientras su anulación no fuere declarada en sentencia firme, previa la acción directa correspondiente, con intervención del Ministerio Público y por el procedimiento del juicio ordinario, no obstante existir disposición legal expresa que ordena al juez desconocer de oficio la validez de ese contrato.

Además, según el artículo 151 del C. C., "en la sentencia misma en que se declare la nulidad de un matrimonio se ordenará lo concerniente al enjuiciamiento y pronto castigo de los que resulten culpados, y se determinarán con toda precisión los derechos que correspondan al cónyuge inocente y a sus hijos, en los bienes del otro consorte, la cuota con que cada cónyuge debe contribuir para la educación y alimentos de los hijos, la restitución de los bienes traídos al matrimonio, y se decidirá sobre los demás incidentes que se hayan ventilado por las partes".

Se comprende que, como ocurre en el presente litigio, las ordenaciones que prescribe el artículo 151 no pueden hacerse, en el caso de anulación oficiosa, cuando en el proceso no encuentra el juzgador los elementos indispensables para ello, que le permitan pronunciarse sobre aquéllas con equidad y fundamento, lo cual sucederá de ordinario en los juicios en que la invalidación del matrimonio y la regulación de los efectos indicados no hayan sido materia de acciones di-

rectas, respaldadas en el proceso por las pruebas correspondientes.

Pero el Tribunal no debió conformarse con desconocer, en la motivación de su sentencia, la validez del matrimonio Neyra-Saccone sino que ha debido declararla en la parte resolutive, aplicando el texto expreso del artículo 15 de la ley 57 de 1887, disposición sustantiva que el recurrente, con razón, considera violada directamente, por no haber sido aplicada. La sentencia habrá de casarse, pues, parcialmente, para el solo efecto de decretar la nulidad referida.

La ley concede efectos al matrimonio nulo, tanto en relación con los consortes y con los hijos como respecto de los bienes. Tales efectos están reglamentados en el título 5º del libro 1º del C. C. Es natural que algunos de ellos, como los derechos y obligaciones recíprocas que del matrimonio resultan para los cónyuges, cesen automáticamente a partir de la declaración de nulidad (artículo 148), pero no ocurre lo mismo con aquellos que miran a la prole y al patrimonio común. Los hijos son legítimos y quedan bajo la potestad del padre, con todos sus derechos de tales (artículo 149); las donaciones y promesas hechas al que casó de buena fe subsisten, a pesar de la anulación (artículo 150); y los cónyuges tienen derecho a que se les restituyan sus bienes propios y se les reconozcan y paguen sus ganancias (artículo 151).

Uno de los efectos civiles del matrimonio es dar origen a sociedad de bienes entre los cónyuges (art. 180 C. C.), disposición que no ha perdido su vigencia por la implantación del nuevo régimen de la ley 28 de 1932, según la cual (artículo 1º) "a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio". De suerte que siempre es el hecho del matrimonio el que determina el nacimiento de la sociedad, aunque ésta sólo opera, retroactivamente, al llegar el evento de su liquidación.

Y que la sociedad de bienes surge aún del matrimonio nulo es cosa muy clara en presencia del artículo 1820 del C. C., que entre las causas de disolución de aquélla establece, de modo expreso, la declaración de nulidad del matrimonio.

No estuvo, pues, acertado el Tribunal cuando, en la sentencia recurrida, dijo: "Y como uno de los efectos civiles del matrimonio válido en Colombia es la formación de una sociedad de bie-

nes entre los cónyuges (art. 180 del C. C.), no puede reconocerse la existencia de esa sociedad conyugal entre César Neira Borda y María del Carmen Saccone, precisamente por no poderse aceptar como matrimonio válido en Colombia el celebrado por ellos en el Ecuador". Tiene razón el recurrente al atacar el concepto transcrito y al acusar de violación, por infracción directa, la indicada norma del artículo 1820 del C. C.

Sólo que esta violación no incide en lo resuelto por el Tribunal, pues aunque es innegable que del matrimonio Neyra-Borda-Saccone surgió sociedad de bienes entre los contrayentes, por más que sea absolutamente nulo, es lo cierto que la acción subsidiaria instaurada en la demanda no es la de liquidación de la sociedad conyugal sino la de simple separación de bienes, que no procede, por estas razones:

"Simple separación de bienes es la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley", dice el artículo 197 del C. C.

La insolvencia o la administración fraudulenta del marido; el mal estado de sus negocios, por consecuencia de especulaciones aventuradas o de una administración errónea o descuidada; la disipación y el juego y la embriaguez habituales del marido; su absoluto abandono de los deberes de esposo y padre y los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra contra la mujer, si con ellos pelagra la vida de ésta o hacen imposible la paz y el sosiego domésticos, son, en el sistema del código, las causas que justifican la separación de bienes (artículos 200 del C. C. y 2º de la ley 8ª de 1922).

Pero la simple separación de bienes, que se efectúa **sin divorcio**, presupone la subsistencia del matrimonio, de tal manera que a virtud de ella no terminan, no se suspenden siquiera, las obligaciones y derechos que, en cuanto a las personas, son inherentes al estado de matrimonio. La separación sólo mira a las relaciones patrimoniales entre los consortes, las cuales quedan sujetas, en sus efectos y aún respecto de la capacidad de la mujer, a la reglamentación que la ley establece en el estado de separación.

Y que el matrimonio subsiste es tan claro que no es necesario entrar a argumentar sobre este punto. De donde se infiere rectamente que cuando el matrimonio es absolutamente nulo y así se declara por el juez, aunque la declaración sólo se haga **inter partes**, la acción de simple separación es jurídicamente imposible, porque con la

anulación se extingue el vínculo matrimonial y sólo quedan vivos aquellos efectos del matrimonio que la ley señala expresamente.

De manera que, aunque la acusación del recurrente, por el aspecto ya indicado, sea fundada, no hay lugar a casar la sentencia por ese motivo, desde luego que a la absolución de la demanda, en lo relativo a la acción subsidiaria de separación de bienes, se llega por otro camino.

Con la salvedad expresada, que —se repite— no incide en la sentencia, todos los cargos de violación de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea son infundados y, por tanto, inadmisibles, desde luego que han quedado en pie todas las bases que sirvieron al Tribunal para declarar no probadas las distintas acciones deducidas por el actor.

Errores de hecho y de derecho. Resta por examinar los cargos relativos a violación de ley sustantiva por apreciación errónea o falta de apreciación de determinadas pruebas, que el recurrente presenta con pluralidad de aspectos.

Todos los errores que el recurrente imputa al sentenciador, tanto de derecho como de hecho, se encaminan a sostener que, a no haberse incurrido en ellos, resultaría probada la simulación, por interposición de personas, o el acto del mandatario sin representación, tanto en el contrato de sociedad "Venegas & Saccone" como en el de liquidación de esa compañía, en lo que a las acciones de dominio y de pago se refiere, y que resultaría probada la validez del matrimonio y los plenos efectos civiles del mismo, en lo que se relaciona con la acción de simple separación de bienes.

No es del caso entrar a considerar los errores del primer grupo, es decir los que se relacionan con las pruebas de la simulación, porque ellos no incidirían en la parte resolutive de la sentencia. En efecto, admitiendo que estuvieran plenamente demostrados y que los de hecho fueran manifiestos, el fallo recurrido se sostendría en las razones principales que dió el sentenciador para negar la acción reivindicatoria: no haberse demandado la simulación, ni haberse dirigido la demanda contra el contratante Venegas. Estos fundamentos de la sentencia, según se ha visto ya, están en pie y son suficientes para sostenerla, en lo que se refiere a la acción de dominio. A nada conduciría, pues, el estudio de errores que, aunque existieran, dejarían incólumes esos otros cimientos de lo resuelto por el Tribunal.

En cuanto a las pruebas de la acción de cobro,

no es tarea fácil precisar cuáles errores se refieren a ellas, pues el recurrente, "por estar íntimamente ligadas las súplicas primera y segunda con la tercera... deja la acusación de la sentencia en cuanto a los errores de derecho y de hecho, para estudiarlos posteriormente y en forma conjunta en cuanto a las tres peticiones primeras". Y efectivamente, expone, sin discriminación precisa, catorce errores de hecho y cinco de derecho, relativos a las pruebas con que ha pretendido probar las tres primeras súplicas de la demanda.

La acción de cobro persigue el pago de la suma de once mil doscientos cincuenta pesos, y se funda en el hecho de que el demandante entregó al socio Venegas, por cuenta de la demandada, tanto cinco mil doscientos cincuenta pesos por razón del aporte de la señora Saccone a la sociedad como seis mil pesos, valor del interés social de Venegas, cuyo pago determinó la adjudicación de toda la finca a dicha señora, en la liquidación de la compañía.

Como, esta acción se propone como subsidiaria, es claro que ya en ella el actor abandona la posición de simulación, en que se sitúa para sostener la reivindicatoria, y, por tanto, considera la Sala que de los errores que el recurrente expone en conjunto sólo se refieren a las pruebas de la acción de cobro los que no están conexonados con la simulación.

Respecto de la acción de pago, el Tribunal se expresó así: "Como esta acción se funda en los mismos hechos básicos de la acción reivindicatoria o de dominio, no puede tampoco prosperar la súplica contenida en el punto tercero de la parte petitoria de la demanda, puesto que no está probado que la señora María del Carmen Saccone deba al doctor César Neira Borda la suma de once mil doscientos cincuenta pesos, a que se refiere dicha súplica".

Considera el recurrente que de las cartas que figuran en el proceso, dirigidas por el socio Isidro Venegas al doctor Neyra Borda, resulta que aquella cantidad de dinero fue girada y suministrada por este último y no por la demandada, como se hizo constar en la escritura social, y que al no apreciarlo así incurrió el Tribunal en evidente error de hecho, y también en error de derecho, por cuanto desconoció que de tales cartas resulte la plena prueba de la confesión judicial, siendo así que están reconocidas por quien las suscribe, que era representante de la sociedad, por lo cual su confesión prueba contra la demandada, a lo cual se agrega que aquél no les dió si-

quiera el carácter de un principio de prueba por escrito.

El Tribunal observa a este respecto que "como tales cartas no se han presentado al juicio para que sirvan de prueba contra su signatario Venegas, quien además no es parte en el juicio, no puede aceptarse que ellas tengan algún valor probatorio en contra de la señora Saccone, y menos aún en contra de las declaraciones hechas por los otorgantes en los instrumentos públicos mediante los cuales se constituyó y disolvió la sociedad colectiva "Venegas y Saccone". No se niega, pues, que las cartas hacen parte de la llamada prueba documental, pero sí se afirma que el constitutivo de ellas sólo puede presentarlas en juicio para probar en contra de aquél que se las dirigió y no en contra de terceras personas".

Pero hay más: el Tribunal transcribe apartes conducentes de la declaración de Venegas rendida el 3 de abril de 1945 ante el Juzgado 5º Civil de Bogotá, de la cual resulta que él recibió de la socia señora de Neira, "en diferentes giros", cinco mil pesos tres centavos; que "respecto del saldo de lo gastado, yo recibí orden (de la misma señora) de cubrirme el mayor valor del costo de la construcción, con los arrendamientos de la misma casa, una vez que yo presenté a la sociedad las cuentas de la construcción"; que "la escritura de disolución de la sociedad la hicimos con la señora María del Carmen Saccone de Neira directamente y de ella recibí el dinero representativo de mi aporte o sean seis mil pesos (\$ 6.000.00), como consta de la misma escritura; pero yo no sé si ese dinero fuera de ella o de su esposo César Neira Borda...".

Y hay más todavía: Se refiere el Tribunal a la declaración que el mismo Venegas rindió en la segunda instancia, para deducir que contradice lo que ya había declarado en la primera, afirmando ahora que el dinero no lo recibió de la señora Saccone sino del doctor Neira, por lo cual es aplicable el artículo 701 del C. J., que no da fe al dicho de un testigo que se contradice notablemente en una o varias declaraciones en cuanto al hecho mismo o sus circunstancias importantes.

En vista de declaraciones tan contradictorias, ¿cómo podía el sentenciador ver en ellas el hecho de que los dineros recibidos por Venegas habían sido pagados por Neyra y no por la Saccone, como aparece en las escrituras públicas de sociedad y liquidación? ¿Y cómo se pretende que las afirmaciones de las cartas mencionadas, que en nada perjudican a Venegas, impliquen una con-

fesión extrajudicial, más aún: una confesión que afecta a la señora Saccone? ¿Acaso Venegas, por ser el administrador de la sociedad, puede afectar a su consocia con afirmaciones contrarias a lo que expresamente consta en esas escrituras?

Sea éste el lugar de rectificar la tesis del recurrente. El gerente o administrador de una compañía que reconoce, en los términos de la ley, hechos que la efectan u obligaciones que a ella se atribuyen, confiesa. Y esta confesión probará plenamente **contra la sociedad**, si es judicial, y también si, siendo extrajudicial, no queda duda alguna, a juicio del juez, acerca de la confesión misma. Pero ésta no prueba contra terceros, a quienes aquél no representa, y terceros son los socios o accionistas, personas distintas de la jurídica (artículos 604, 606, 608 y 607 del C. J. y 1769 y 2079 del C. C.).

De la confesión extrajudicial ha dicho la Corte que la ley deja al juez la potestad de valorizarla, por lo cual no es posible corregir en casación la apreciación que él haya hecho, a menos que el ataque se refiera a los hechos fundamentales de la prueba, que, si se han analizado con error de hecho evidente, pueden determinar una rectificación del criterio del juzgador (G. J., XLVII, 121 y 446; LVIII, 121, y LXI, 428).

Y si el administrador de la sociedad, como ocurre en el caso **sub judice**, es a un mismo tiempo socio de ella, que como tal intervino en su constitución y en su liquidación, sus declaraciones, en cuanto afecten a sus consocios, ni tienen valor de confesión contra ellos, ni pueden considerarse como contraescrituras, las cuales, como ya quedó atrás anotado, han de emanar de todos los contratantes (artículo 1766 C. C.).

Otro error de hecho manifiesto, según el recurrente: "...no tener dichas cartas, al menos como principio de prueba por escrito para demostrar... la no entrega del aporte por la señora Saccone en la fecha del otorgamiento de la escritura de sociedad, y de que dicho aporte o dinero fue suministrado por el demandante en la forma y tiempo en que anuncia Venegas el giro de los dineros y el recibo de ellos, ya que dichas cartas fueron dirigidas por el representante y gerente de la expresada sociedad y por ende hacen fe contra la sociedad y sus socios, valor que les desconoció el Tribunal.

A las observaciones que se han hecho acerca de la confesión extrajudicial, puede agregarse, para descartar este cargo, que el principio de prueba por escrito que justifica que se prueben por tes-

tigos obligaciones o promesas de entregar cosas que valgan más de quinientos pesos, o adiciones o alteraciones de lo expresado en el acto o contrato, o lo que se alegue haberse dicho antes o al tiempo o después de su otorgamiento, ha de provenir, como muy claramente lo dice el artículo 93 de la ley 153 de 1887, **del demandado o de su representante**. Y las cartas expresadas ni aparecen firmadas por la Saccone, ni el señor Venegas, quien las suscribe, tenía la representación de dicha señora.

Aplicó, pues, el Tribunal correctamente el artículo 91 de la citada ley al rechazar la prueba testimonial para probar entregas mayores de la cuantía expresada, e hizo bien en no aplicar el artículo 93, si no podía ver en aquellas cartas un principio de prueba escrita.

Tampoco son procedentes los errores de derecho que, con relación a las mismas cartas, se deducen de no haberles dado el Tribunal valor probatorio de confesión judicial, de acuerdo con los artículos 1761, 1762, 1764, 1766, y 1767 del C. C., que se estiman violados, como también los 2097, 2101, 2105 *ibidem*. Para formular estas acusaciones insiste el recurrente en ver en aquéllas prueba de confesión "contra la sociedad Venegas & Saccone y sus socios contra los sucesores o causahabientes de ésta, por cuanto el signatario Venegas era el administrador y representante de dicha sociedad, con capacidad para obligarla", alegaciones que ya fueron desechadas por injurídicas. Pero no sobra agregar que los textos legales que se estiman infringidos nada tienen que ver con el caso en estudio, pues el primero se refiere al instrumento privado, **reconocido por la parte a quien se opone**, para darle valor de escritura pública respecto de los que **aparecen o se reputan haberlo suscrito**, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos; el segundo a la fecha de tales instrumentos respecto de terceros, y el siguiente a que "el instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato. El 1766 habla de las contraescrituras, y el 1767 no admite prueba de testigos respecto de obligaciones que hayan debido consignarse por escrito. Y los artículos 2097, 2101 y 2105 establecen reglas de administración de la sociedad colectiva.

Encuentra también el recurrente errores de hecho evidentes en no haber tomado en cuenta el Tribunal o haber apreciado indebidamente los

testimonios de Isabel Iregui de Sánchez y Cecilia Iregui de Sánchez, en cuanto aquélla afirma haber visto cuando, en sitio y fecha determinados, el doctor Neira entregó a Isidro Venegas, en presencia del doctor Leandro Medina, tres mil pesos, que correspondían a parte del precio de la mitad de la finca, y que les entregó también, en la misma fecha y lugar, tres mil pesos más, que la declarante prestó sobre hipoteca, para completarle a Venegas dicho precio; y en cuanto la segunda presencié, indicando las circunstancias de tiempo, lugar y modo, cuando el doctor Leandro Medina —que estaba haciendo la póliza de una escritura— preguntó al doctor Neyra por qué no hacían la escritura para ambos, es decir, para él y la señora Saccone, a lo cual contestó Neyra que no, porque tenía plena confianza en Carmen.

El Tribunal observa, con razón, que el testimonio de doña Isabel es único respecto de los hechos que afirma, por lo cual no puede por sí solo formar plena prueba, a lo que se agrega que es contrario a lo declarado por Venegas en la primera instancia; y que el de doña Cecilia tampoco tiene mérito probatorio respecto de los hechos, pues se refiere sólo a palabras oídas por la declarante.

No es posible calificar de erróneas estas apreciaciones del sentenciador, en presencia de los artículos 697 y 699 del C. C.; y mucho menos ver en ellas errores de hecho manifiestos.

En la apreciación de las posiciones, absolutamente negativas, que la demandada absolvió el 24 de mayo de 1944, encuentra el recurrente otro error evidente de hecho, porque el Tribunal no tuvo en cuenta la manifestación que en memorial de la víspera, dirigido al Juez que debía interrogarla, hizo aquélla en el sentido de que contestaría negativamente todas las preguntas, por estimar que el juez de Armenia, comitente, carecía de competencia para decretar la absolución.

El Tribunal limitóse a observar que la señora Saccone negó todo lo que se le había preguntado. Para nada tuvo en consideración el anuncio previo de la negativa, el cual no es parte de la prueba acusada. Por indebido que se suponga tal anuncio, es lo cierto que de las posiciones referidas no resulta la menor confesión, y en afirmar esto no hay, no puede haber un error evidente del Tribunal. El Tribunal estaba en la imposibilidad absoluta de encontrar prueba alguna en las expresadas posiciones, por más que se hubiera detenido a condenar las intenciones y propósitos de la absolvente consignados en su citado escrito.

Por último, no encuentra la Sala error de derecho en la apreciación que el juzgador hizo de las declaraciones de Berta Acevedo de Venegas y Josefina Cuéllar de López, quienes no sólo disponen sobre cosas distintas sino que lo hacen, como aquél lo anota, sin dar razón de sus dichos, la primera, y sobre palabras, la segunda.

En relación con las pruebas de la acción de separación de bienes, el recurrente imputa al sentenciador un error de hecho manifiesto y dos de derecho. Aquél, porque pasó por alto el acta del matrimonio civil celebrado por las partes en el Ecuador, que lo llevó a desconocer la existencia de dicho acto y de la sociedad conyugal que de él surgió; y éstos, por no haberle dado a la misma acta el valor de plena prueba, con lo cual desconoció la validez del matrimonio y de la sociedad, y el derecho del actor para demandar la separación de bienes, violando así las disposiciones legales sustantivas que cita.

El Tribunal no ha desconocido el valor probatorio del acta del matrimonio civil. Muy al contrario, partió de la base de que ese contrato se había celebrado, para llegar a la conclusión de que es absolutamente nulo por causa de un impedimento insubsanable en el contrayente Neyra.

Dice al respecto: "Estima, en síntesis, este Tribunal que el matrimonio celebrado por el doctor César Neira Borda con María del Carmen Saccone en la República del Ecuador, lo fue en contravención de las leyes colombianas, que en tratándose del estado civil de las personas, como ya se dijo, rigen para los nacionales colombianos aún residentes o domiciliados en país extranjero. En consecuencia, no puede pretender el doctor Neira Borda que por los Tribunales colombianos se re-

conozcan efectos civiles a aquella unión o contrato matrimonial, por ser éste entre nosotros ilícito y contrario al orden público, auncuando en el Ecuador se le reconozca plena validez".

Lo expuesto es suficiente para concluir que no ha incurrido el Tribunal en ninguno de los errores que le imputa el recurrente —con la salvedad ya anotada respecto de la existencia de la sociedad conyugal— y que, por tanto, los cargos respectivos son infundados.

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, CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira con fecha veintidos de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, para el solo efecto de adicionarla en el sentido de declarar, como declara, absolutamente nulo el matrimonio civil que el doctor César Neira Borda contrajo con María del Carmen Saccone el día nueve (9) de noviembre de mil novecientos treinta y ocho (1938), ante el Jefe de Registro Civil del Cantón de Guayaquil, República del Ecuador.

Las costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE SIMULACION. — APRECIACION DE INDICIOS.—PRUEBA PERICIAL

1—El artículo 665 del C. J., disposición reguladora del mérito probatorio de los hechos indiciarios, deja al juicio del Juez la ponderación del alcance que en cada caso puedan tener las pruebas incompletas según la certidumbre o duda que dejen en su ánimo; norma que introduce pautas y limitaciones a la persuasión judicial generada en indicios, ya mediante la referencia a la necesaria conexión entre el hecho indicio y el que se investiga, bien al exigir pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre los no necesarios; cuando el Juzgador, lejos de transgredir esos mandamientos, desecha el conjunto indiciario como fundamento de convicción, no los vulnera, porque la operancia afirmativa de esa norma está confiada exclusivamente a su criterio y sólo puede lesionarla cuando incurre en error de hecho evidente, o cuando dando por cierto el indicio necesario, no extrae de él su obligada consecuencia, o cuando teniendo por demostrados los hechos indicativos; por establecida su gravedad, precisión, conexidad e indudable incidencia sobre los hechos controvertidos, se abstiene de otorgarles la relevancia jurídica que el art. 665 del C. J. prevé para ellos.

Así lo dijo también la Corte en sentencia de 10 de junio de 1948, G. J. Tomo LXIV.

2—Como lo ha dicho la Corte en sentencia de casación de 10 de junio de 1948 (G. J., Tomo LXIV): “Si el deponente al absolver el interrogatorio del caso mezcla la relación de sus percepciones con las de sus nociones, la tarea del Juez radica precisamente en separar el material que, de acuerdo con la ley, es aprovechable desde el punto de vista probatorio, para rechazar el que no lo sea, por carecer de toda entidad jurídica en nuestro sistema legal.

3—No es constitutivo de error el que el sentenciador hubiere escogido entre los dos dictámenes periciales producidos en este pleito, el practicado en la segunda instancia por estimar que tenía una fundamentación

más aceptable, pues, por el contrario, era su deber escoger entre los dos y decidirse por el que a su juicio estuviera más ceñido a las prescripciones legales. Si el juzgador tuviera necesariamente que acoger el de primera instancia por las circunstancias de contener un concepto uniforme de los peritos y por no haber sido objetado, carecería de sentido en gran número de casos el art. 718 del C. J., que concede a las partes el derecho de pedir sobre un mismo punto el dictamen de peritos “una vez en cada instancia” y se le otorgaría al silencio, asentimiento tácito o inactivo ideal de los litigantes, la facultad de determinar el valor probatorio del peritazgo, conclusión ésta claramente inadmisibles, pues sabido es que la doctrina de los expositores y la jurisprudencia de la Corte están conformes al sostener que la prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la evaluación jurídica del juez, que es a quien en definitiva corresponde asignarle la fuerza probatoria del peritazgo. (G. J. n. 2050 Casación de 27 de agosto de 1947).

4—Los peritos pueden hacer sus apreciaciones no solamente “de visu”, sino refiriéndose también a datos de terceros, siempre que en este caso los hechos base de la estimación estén debidamente comprobados en el juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

La señora Dora Soler de Quimbayo, por medio de representante legal, presentó demanda ante el Juzgado Civil del Circuito del Espinal, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, con audiencia de la señora

Gertrudis Soler de Morales, y en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª—Que pertenecen a la sucesión de Concepción Villalobos de Soler, en propiedad y posesión los bienes y sus mejoras anexidades y aditamentos" que aparecen determinados en la demanda.

"2ª—Que la escritura N° 370 de fecha 28 de diciembre de 1940 de la Notaría del Espinal y la cual se halla registrada en dicho Circuito con fecha 31 de diciembre de 1940 en el Libro I, Tomo 3º, partida 148, folios 324 a 326, y matriculada bajo el número 83, tomo correspondiente a Chicoral, consigna el contrato aparente o simulado de compraventa, por el cual Concepción Villalobos de Soler, aparece vendiendo a Gertrudis Soler Villalobos hoy de Morales, los determinados inmuebles y bienes anteriores;

"3ª—Que el contrato real celebrado entre Concepción Villalobos de Soler y Gertrudis Soler hoy de Morales, fue una donación, la cual, solamente es válida, por no haber sido legal y judicialmente insinuada, hasta la suma de "dos mil pesos m/c" (\$ 2.000.00) siendo en el excedente nula e ineficaz, y correspondiendo en consecuencia los bienes referidos y determinados en la petición primera, no a la señora Gertrudis Soler Villalobos hoy de Morales, según el contrato simulado, sino a la sucesión de Concepción Villalobos de Soler, de cuyo patrimonio realmente no se han desprendido válida y legalmente;

"4ª—Que los registros anotados de la mentada escritura deben ser cancelados;

"5ª—Que la demandada Gertrudis Soler Villalobos hoy de Morales debe pagar a la sucesión de Concepción Villalobos de Soler, la suma de CINCO MIL PESOS M /C (\$ 5.000.00) o la que por peritos se determinare, por razón de los perjuicios que, con motivo de la escritura que contiene el contrato simulado se ha causado a dicha sucesión en general y a los legítimos herederos en particular con el menoscabo que se les ha hecho en sus legítimas rigurosas;

"6ª—Que toda clase de beneficios por ventas parciales, arrendamientos, etc., que la demandada hubiere percibido, se deducirán de los "dos mil pesos m/c" (\$ 2.000.00) valor o cuantía de la donación que la ley autoriza sin insinuación, a efecto luego de determinar dentro del juicio de sucesión de la donante, la posición de los bienes relictos en donde se radicarán los derechos o valores donados; y

"7ª—Que si la demandada se opone, se le condene en costas".

Como hechos principales en los cuales se apoyan aquellas pretensiones de la parte demandante, se presentan los siguientes:

Que tanto la actora Dora Soler como la demandada Gertrudis Soler, son hermanas legítimas, hijas de Joaquín Soler y Concepción Villalobos de Soler.

"La señora Concepción Villalobos de Soler, simuló un contrato de compraventa en favor de Gertrudis Soler Villalobos, tal como aparece consignado en la escritura 370 de 28 de diciembre de 1940 de la Notaría del Espinal, y por la cual aparece disponiendo de todos sus bienes, en beneficio de Gertrudis, y fingiendo haber recibido de ésta, el precio que reza la escritura y en los cantados y condiciones que la misma expresa".

"El contrato de compraventa que consigna la escritura 370 de 1940 otorgada meses antes de la defunción de Concepción Villalobos de Soler, constituye e implica un acto, simulando una compraventa, verificada en fraude de los derechos de herencia que a Dora Soler correspondían, como hija legítima de la vendedora, y que Dora en nombre propio y no como representante de la sucesión de su madre, impugna y tacha de simulado por menoscabar sus derechos de legítima.

El contrato aparente lo es de compraventa; el real, lo es de donación, y, ésta es nula o ineficaz en cuanto asciende su valor de dos mil pesos, no teniendo valor alguno más allá de esta suma, por la razón de no haber sido insinuada.

La señora Gertrudis Soler Villalobos no pagó dinero ni servicio alguno como precio o valor de la compraventa que consigna la escritura 370 citada.

"La parte de los bienes que aparece adquiriendo la demandada que se demostrare haber sido dispuestos o vendidos por ella, deben ellos o su valor, adjudicárseles a la demandada por razón y hasta la concurrencia de dos mil pesos (\$ 2.000.00) cuantía ésta, hasta donde la insinuación es válida; los bienes deducido el valor de dos mil pesos (\$ 2.000.00) los cuales se cargarán a los que Gertrudis Soler haya vendido, pertenecen a la sucesión de Concepción Villalobos de Soler y, a dicho patrimonio deben volver debiéndose cancelar el registro de la escritura 370 de 1940 de la Notaría del Espinal".

La demandada contestó la demanda oponiéndose a sus peticiones y negando los hechos en que ellas se apoyan. Propuso además, la excepción perentoria de carencia de personería sustantiva para promoverla.

El Juzgado Civil del Circuito del conocimiento, decidió la primera instancia en sentencia de octubre 17 de 1947, accediendo a lo pedido en la demanda, y sin costas; apelada por las partes ésta para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, y surtida la tramitación correspondiente ante esa Corporación, decidido el litigio en resolución de 25 de febrero de 1949, revocando la apelada y en su lugar absolviendo a la demandada de los cargos de la demanda, y sin costas.

Para llegar a aquella decisión final, el Tribunal adujo las razones que se consignan en seguida, particularmente, las que guardan relación con la demanda de casación, así:

"La actora ha señalado una donación, como el verdadero contrato que quisieron celebrar Gertrudis Soler y Concepción Villalobos y pide se declare nulo en cuanto exceda de dos mil pesos". En seguida considera y estudia la sentencia, los indicios que el Juez de primera instancia tuvo en cuenta para dictar su fallo, así:

"Los indicios relativos a la falta de capacidad económica de la compradora y su incapacidad para adquirir el dinero con que dicese pagó, se hallan desvirtuados, especialmente con los testimonios de Florencio y Pablo Mahecha y Epaminondas Rubio, quienes se refieren a la donación que le hiciera a Gertrudis su padre Joaquín Soler, de la suma de dos mil ochocientos pesos (\$ 2.800.00). También concurren a producir el mismo resultado los testimonios tanto de la parte actora como de la parte demandada que hablan de las actividades comerciales a que se dedicó Gertrudis a su llegada a Bogotá, y de las utilidades que le producían tales actividades. Los testigos que conceptúan que la demandada en 1940 no poseía dinero para el pago ni medios suficientes de adquirirlo, no basan su conclusión en hechos conocidos que les permitieran hacer esa afirmación sin temor a errar —como sería el que hubieran conocido en detalle las entradas que tuvo Gertrudis por concepto de sus actividades comerciales—, sino en deducciones de lo que puede producir un establecimiento de Hotel y el trabajo de una mujer. Es lógico que esas afirmaciones así fundamentadas, no tienen más valor que el de débiles indicios tendientes a demostrar los hechos indiciarios ya anotados que no podían probarse por este medio.

"Las personas que han declarado en este juicio, no han afirmado que el contrato que contiene la citada escritura 370, sea simulado, ni que

sea fama o rumor público tal circunstancia, ni que les conste que lo que quiso celebrarse fue una donación. Algunos se limitan a considerar justo que a la muerte de Concepción Villalobos sus bienes fueran repartidos entre todos sus hijos".

"La gravedad o vehemencia de un indicio, se mide por la manera como el hecho en que se funda traiga consigo la consecuencia del hecho que se indaga, de manera que un indicio es tanto más grave o vehemente cuanto más necesaria sea la correspondencia entre el hecho conocido y el que se investiga.

"La precisión se refiere a la distancia de toda ambigüedad, que haga aplicable la presunción a otras circunstancias y conclusiones; y la concordancia a la vigorización de las presunciones de manera que se entrelacen unas a las otras y no haya oposición entre ellas".

"Aconsejan los expositores que al dar el Juzgador aplicación a estos principios, debe oponer a la presunción todas las circunstancias infirmativas que puedan destruirla o delimitarla, y que así llegará a la conclusión de que del hecho conocido solamente puede sacarse una conclusión relacionada más o menos íntimamente con el hecho indicio, o varias no relacionadas con dicho hecho, y que por lo tanto dejan duda acerca de la verdad del hecho controvertido".

"Es verdad que la simulación tiene su mayor campo de acción en los contratos que se celebran entre parientes próximos, pero no por eso debe estimarse que toda enajenación hecha por una persona a favor de un pariente sea simulada, porque la ley no prohíbe que entre personas ligadas por vínculos de consanguinidad o afinidad, cualquiera que sea el grado, se celebren negocios".

"De los certificados expedidos por el Recaudador del Espinal —con prohibición de la ley porque las denuncias de rentas son reservadas—, se deduce que la vendedora no denunció la entrada que tuvo por concepto de la venta, pero de esta circunstancia no se deduce que en realidad no hubiera recibido el valor".

"Algunas de las personas que intervinieron en la prueba pericial avaluaron los bienes en diez y nueve mil pesos (\$ 19.000.00) pero otras —expertas en negocios de propiedad raíz—, lo justipreciaron en siete mil pesos (\$ 7.000.00). Esta última estimación está más acorde con los avalúos catastrales. Si se acepta el justiprecio de las primeras naturalmente el precio fijado resultaría in-

fimo en relación con el valor real, pero si se tiene en cuenta el de las segundas, y el avalúo catastral, desaparecería la falta de relación entre el valor de compra y el valor real”.

“Las personas a quienes aqueja alguna enfermedad, generalmente se ven obligadas a vender parte o la totalidad de sus bienes, para poder sufragar los gastos que todo incesoso de esa índole acarrea, y si el patrimonio no es cuantioso, nada de raro tiene que a su madre no queden bienes qué repartir”.

“El que se haga constar en un instrumento público que ya se recibió el valor del precio y que fue pagado en varios contados, no constituye reacción maliciosa ni fórmula usual de simulación, porque si así se pagó, así tenía que hacerse constar.

“La ley ha querido dar respetabilidad y fuerza a las escrituras públicas, y para destruir 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 certeza de que fue simulado.

“De lo visto se deduce que los hechos indiciarios presentados como prueba, no son necesarios, y que ni siquiera son graves, precisos y conexos porqué no demuestran sin lugar a dudas la simulación que se alega. Tomados aisladamente o en conjunto —los que no están desvirtuados o aminorada su fuerza demostrativa— no llevan a la convicción judicial de que entre Gertrudis Soler y Concepción Villalobos se pactó una donación con el disfraz de una compraventa. Puede que susciten duda acerca de la verdadera intención de los contratantes, pero no demuestran en forma incontrovertible la simulación”.

Del fallo cuestionado, recurrió en casación la parte demandante, y el recurso se encuentra debidamente tramitado, por lo que la Sala pronunció la correspondiente decisión, como sigue:

Con invocación de la causal primera de casación artículo 520 del C. J., el recurrente formula los cargos siguientes:

A) Capítulo I.—Se imputa a la sentencia, el cargo de error de derecho en la estimación de los indicios, por haberlos analizado uno a uno, negándoles todo poder demostrativo, sin buscar su armonización y conexión y buscando, en cambio, una injurídica relación directa entre cada

uno de aquellos hechos y la simulación misma sub-judice.

El recurrente hace algunas consideraciones sobre la apreciación probatoria del Tribunal de aquella prueba, y concluye:

“De suerte que cualquiera que sea el aspecto por donde se analice la estimación de los indicios hecha por el Tribunal, ella resulta afectada de error, tanto en cuanto a la prueba en sí como en cuanto a todos y cada uno de sus elementos. Y error de derecho principal y manifiestamente.

“Como consecuencia se han infringido así estas disposiciones: artículos 593 del C. J., en cuanto consagra nuestra tarifa legal de pruebas y en armonía con los arts. 594 y 665 de la misma obra y 1768 del C. C., que autoriza la prueba por indicios o presunciones y que al mismo tiempo dan reglas sobre su apreciación y condiciones en que le corresponde el carácter de plena prueba”.

Se considera:

El error a que se acoge el recurrente, es el de que en definitiva a la probanza indiciaria se le niega toda operancia probatoria consistente en los indicios relativos a las relaciones de parentesco existentes entre los contratantes; en la forma como se declaró recibido el precio de la compraventa; en el hecho de no ser la compradora persona conocida como dueña de patrimonio o renta y en de no haber aparecido en el patrimonio de la vendedora parte alguna siquiera del producto de la venta; en la circunstancia de aparecer la última transfiriendo todo su patrimonio y encontrarse enferma y en el hecho de no encontrar el Tribunal desproporción entre el precio consignado en el instrumento de compraventa y el avalúo pericial, aún tomando como base de la estimación la más baja, indicios que fueron analizados y rechazados por el Tribunal separadamente, sin coordinación.

La forma como viene planteado el cargo, da la impresión de que está enderezado a sustentar un error de hecho, pero hay que descartar esta posibilidad por la cita de disposiciones que regulan el mérito probatorio, lo cual constituye “un vicio de valoración que no radica en el hecho sino en el derecho”, y además, porque el recurrente acude en el desenvolvimiento del cargo, a la impugnación expresa por error de derecho.

Se intenta relacionar la cita de los Arts. 593, 594 y 665 del C. J. y 1768 del C. C. con los hechos que se señalan como indicios demostrados

en el proceso, olvidándose el recurrente: "que la prueba indiciaria, es incompleta o deficiente, y que su mayor o menor poder demostrativo se radica exclusivamente en el que el Juez le otorgue; de esta suerte no puede invocarse el error de derecho cuando se hace en él uso, por parte del sentenciador, de una amplia potestad legal cuyo resultado objetivo escapa, por otra parte, a cualquier rectificación originada en persona diferente del propio Juzgador".

Por otra parte, esta Sala ha dicho, que el Art. 665 del C. J., disposición reguladora del mérito probatorio de los hechos indiciarios, "deja al juicio del Juez la ponderación del alcance que en cada caso puedan tener las pruebas incompletas según la certidumbre o duda que dejen en su ánimo; norma que introduce pautas y limitaciones a la persuasión judicial generada en indicios, ya mediante la referencia a la necesaria conexión entre el hecho indicio y el que se investiga, bien al exigir pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre los no necesarios; cuando el Juzgador lejos de transgredir esos mandamientos desecha el conjunto indiciario como fundamento de convicción, no los vulnera, porque la operancia afirmativa de esa norma está confiada exclusivamente a su criterio y sólo puede lesionarla cuando incurre en error de hecho evidente, o cuando dando por cierto el indicio necesario, no extrae de él su obligada consecuencia, o cuando teniendo por demostrados los hechos indicativos por establecida su gravedad, precisión, conexidad e indudable incidencia sobre los hechos controvertidos se abstiene de otorgarles la relevancia jurídica que el Art. 665 del C. J. prevé para ellos". (G. J. Tomo LXIV 10 de junio de 1948). Estas circunstancias de gravedad, precisión, conexidad e indudable incidencia sobre el hecho controvertido fueron las que no halló el sentenciador en la probanza indiciaria que apreciaba y por ello no le otorgó la importancia jurídica que le asigna el recurrente.

En segundo término se anota, que ninguna de las disposiciones que cita el recurrente como violadas tiene la condición de sustantiva en el sentido que asigna el Art. 520 inciso 1º—"esto es, que otorga derechos e impone obligaciones a las personas, y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. En efecto, el Art. 1768 del C. C., determina la naturaleza de las presunciones —legales o judiciales— y las condiciones de las que deduce el Juez; el 593 del C. J., es según concepto ya expresado por esta Sala en varias

ocasiones, una norma de carácter general o abstracto que enseña en qué debe fundarse toda decisión judicial y cómo y por qué medios deben demostrarse los hechos de la demanda y la defensa; el 594 establece en qué condiciones una prueba incompleta puede tener el valor de plena prueba, y el 665, cuyo alcance ha quedado estudiado antes.

Todo lo anterior induce al rechazo del cargo, como en efecto se rechaza.

B) Capítulo II.—Crítica el recurrente, la estimación que en la sentencia se hizo de la prueba testifical —declaraciones de Florencio y Pablo Mahecha y Epaminondas Rubio— por cuanto no se tuvo en cuenta por el Tribunal, que estos testigos no precisan el día y hora en que se verificó la entrega del dinero por don Joaquín Soler con destino a su hija Gertrudis Soler. Afirma el recurrente que: "en sí mismos los tres testigos analizados no merecen ninguna credibilidad", por una parte, y por otra que "el pretendido acto de liberalidad a que se refieren estos testimonios no es susceptible de prueba por testigos".

Que en efecto: "La donación o promesa que se perfeccione o deba tener efecto solamente después de la muerte del donante o promisor, "es un testamento y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento", dice el Art. 1056 del C. C.

"Por otro aspecto el Art. 91 de la ley 153 de 1887 estatuye que "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos"; y el Art. 1767 del C. C. previene que "No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito".

"Luego ha de concluirse —agrega el recurrente— que la pretensa donación y entrega de dos mil ochocientos pesos mal podría resultar de la prueba testimonial; y que como faltan no sólo el testamento sino aún prueba escrita en que esos actos consten, éstos deben tenerse como absolutamente inexistentes dentro del proceso, en armonía con lo que es también la realidad. Admitir otra cosa, como lo hace el Tribunal dándole acogida a la prueba de testigos y con manifiesto error de hecho consistente en dar por establecido un extremo procesal que no lo está; y un doble error de derecho, porque ni el testimonio es admisible en este caso, ni los de Florencio y Pablo Mahecha y Epaminondas Rubio pueden tenerse como plena prueba".

En este mismo cargo, pero bajo el aspecto de la estimación de las actividades comerciales de la demandada, en relación con las declaraciones de los testigos que cita el recurrente, se ataca la sentencia por el desconocimiento de los varios extremos que aparecen demostrados con esa copiosa información testimonial, lo cual "comporta una nueva apreciación errónea de dicha prueba, con violación consecencial de los Arts. 696 y 697 del C. J."

Se considera:

El elemento impugnado por errónea apreciación fue producido debidamente; discutido por las partes oportunamente en el juicio en su verdadero sentido y alcance probatorio, en una forma que implicaba su aceptación como prueba tendiente a acreditar el hecho general de la capacidad económica de la demandada. En efecto, en las instancias se discutió y fueron aducidas las declaraciones comentadas, con el objetivo de demostrar el hecho de que la señora Gertrudis Soler, hoy de Morales, tuvo ingresos de dinero a su patrimonio por varios conceptos, entre ellos, el recibo de la suma de dos mil ochocientos pesos de parte de su padre Joaquín Soler; en ningún caso, con el fin de acreditar la existencia de una obligación emanada de una relación jurídica entre éste y aquélla, entre otras cosas, porque no era ni es cuestión sub-judice, como se desprende nitidamente del texto de la demanda, su contestación y del resto de la actuación.

De ahí, que el Tribunal al apreciar esa probanza no tuviera en cuenta las reglas que formulan los Arts. 1056, 1767 del C. C. y 91 de la ley 153 de 1887. Como no estaba planteada la cuestión sobre existencia o invalidez de la situación jurídica de la cual emanaba la entrega de aquella suma de dinero, sino de establecer el hecho de si Gertrudis Soler la había recibido y entrado a su patrimonio, mal podía tenerse en cuenta aquellas disposiciones que no eran aplicables al caso."

El Art. 1767 del C. C., previene: "No se admitirá prueba de testigo respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito". Y el 91 de la ley 153 de 1887, determina cuáles son las obligaciones que deben constar en esa forma: "los actos y contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos". Actos y contratos —dice la ley— en cuyo caso se trata de probar un acto jurídico y no un simple hecho, y "cuandoquiera que se trata de

la fuente de obligaciones que emana de un acto jurídico, no de un simple hecho, se requiere prueba preconstituída por escrito".

Estas reflexiones hacen ver la sinrazón del cargo en su fondo, y su naturaleza de medio nuevo en casación, que viene a presentarse ante la Sala, por primera vez, "ex post facto", sin reparo, objeción ni contienda anterior, esto es, en instancia". Para tales fines, basta anotar que en el presente juicio no ha sido motivo de debate en instancia, ni en esta decisión, se ha considerado el aspecto relativo a la prueba de la existencia de la posible obligación que originó la entrega de los dos mil ochocientos pesos, por parte de Joaquín Soler a su hija Gertrudis Soler, sino que el cargo por este medio nuevo, consiste en que: "el Tribunal debió abstenerse de tener en cuenta esas declaraciones por inadmisibles en este caso, y mucho menos como plena prueba o suficiente al fin propuesto", motivo que lo indujo por error de hecho manifiesto y de derecho a la violación de las disposiciones citadas.

En este caso, no se trata de una acusación que comprende el aspecto jurídico abstracto de la cuestión, en razón de no haberse discutido en las instancias o de no haberse presentado el problema netamente jurídico en ellas, sino que el fallo es impugnado por error en la apreciación en la prueba. Entonces: "en estos cargos de orden mixto la situación es diferente, porque ya no se está en el amplio y aún ilimitado campo jurídico, en el cual en defensa de la ley violada no hay posibles recortes a esta acción tutelar, ni temor de sorpresas o asechanzas de una de las partes litigantes para con la otra, sino que se está en terreno distinto en que la intervención del elemento de hecho cambia la faz procesal fundamentalmente, ya que el levantamiento de pruebas y su estudio si es algo circunscrito dentro de cada litigio por la calidad y marcha del mismo, de suerte que todo lo atañedor a ellas tiene su ciclo preciso dentro de las instancias y naturalmente en períodos anteriores a la sentencia del Tribunal. (G. J. números 1911 a 1912. Tomo XLIII. Casación 12 de marzo de 1926). Por este otro aspecto, tampoco es viable el cargo.

En lo relativo a la segunda parte del cargo, transgresión de los artículos 696 y 697 del C. J. por el Tribunal, por no reconocerle poder probatorio pleno al dicho de los testigos Caicedo, Martínez, Villanueva y Castro, debe anotarse que el sentenciador al proceder así no desconoció el contenido de aquellas normas, sino que tuvo en cuen-

ta que la naturaleza de la prueba testifical elimina la posibilidad de que se tengan como tal los juicios, conceptos u opiniones de los testigos.

Así, a este respecto la Corte ha dicho: "Si el deponente al absolver el interrogatorio del caso mezcla la relación de sus percepciones con las de sus nociones, la tarea del Juez radica precisamente en separar el material que, de acuerdo con la ley, es aprovechable desde el punto de vista probatorio para rechazar el que no lo sea por carecer de toda entidad jurídica en nuestro sistema legal. (G. J. números 2062-2063. Tomo LXIV. Casación 10 de junio de 1948). En consecuencia, desde este punto de vista no es fundado el cargo.

C) Capítulo III.—Se acusa al fallo por violación de los artículos 721, 665 y 697 del C. J., por errores de derecho y de hecho manifiestos en los autos, en la apreciación de la prueba pericial, los cuales se hacen consistir:

a) En que de "las dos estimaciones periciales" la de la primera instancia y la surtida ante el Tribunal, éste escogió el segundo dictamen porque "está más acorde con los avalúos catastrales", desechando de este modo el indicio resultante de la desproporción entre los extremos, y concediendo mayor mérito al segundo avalúo que al primero.

Que no solamente es incompleto el dictamen de los peritos que actuaron ante el Tribunal, sino que además está rendido por personas no residentes en la localidad del Chicora¹, y que por lo tanto, no entendidas directamente del movimiento de los precios de la finca raíz en dicho lugar, de 1940 hasta la época del avalúo. Que este dictamen se diferencia del ampliamente fundado de los peritos de la primera instancia, que comprendió los tres inmuebles y rendido por personas conocedoras de las fincas de la jurisdicción de aquel lugar.

"Por manera que en estas circunstancias —dice el recurrente— dar prelación, como lo hace el fallo, al dictamen de los señores Zuluaga y Rubio, frente al concepto uniforme de los tres peritos Hernández, González y Marín que reúne las condiciones probatorias expuestas, implica un nuevo error de hecho manifiesto y error de derecho, con violación consiguiente no sólo del artículo 721 del C. J., sobre mérito de la prueba de peritos sino asimismo del artículo 665 de la misma obra, por haberse desestimado el hecho palmario de la desproporción "entre el valor de compra y el valor real" de los inmuebles.

Se considera:

5—Gaceta

Los reparos que contiene esta acusación, ya han sido materia de estudio y decisión por parte de la Corte en otras ocasiones.

Así, el cargo es inadmisibles por las razones siguientes:

a) "No es constitutivo de error el que el sentenciador hubiere escogido entre los dos dictámenes periciales producidos en este pleito, el practicado en la segunda instancia por estimar que tenía una fundamentación más aceptable, pues por el contrario, era su deber escoger entre los dos y decidirse por el que a su juicio estuviera más ceñido a las prescripciones legales. Si el Juez tuviera necesariamente que acoger el de primera instancia por las circunstancias de contener un concepto uniforme de los peritos y por no haber sido objetado, carecería de sentido en gran número de casos el artículo 718 del C. J., que concede a las partes el derecho de pedir sobre un mismo punto el dictamen de peritos "una vez en cada instancia" y se le otorgaría al silencio, asentimiento tácito o inactividad de los litigantes, la facultad de determinar el valor probatorio del peritazgo, conclusión ésta claramente inadmisibles, pues sabido es que la doctrina de los expositores y la jurisprudencia de la Corte, están conformes al sostener que la prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la evaluación jurídica del juez, que es a quien en definitiva corresponde asignarle la fuerza probatoria del peritazgo". (G. J. número 2050. Casación 27 de agosto de 1947).

"Los peritos pueden hacer sus apreciaciones no solamente "de visu", sino refiriéndose también a datos de terceros, siempre que en este caso, los hechos base de la estimación, estén debidamente comprobados en el juicio". (G. J. número 2017. Casación 6 de marzo de 1945). En el caso de autos los peritos no se atuvieron a lo que apareciera del proceso, sino como lo dice el mismo recurrente, se trasladaron al lugar donde están situadas las fincas, con el fin de reconocerlas y llenar así su cometido.

En cuanto a que no se tuviera en cuenta el dicho de los testigos que corroboraban el dictamen rendido en primera instancia, no es objeción que pueda tenerse en cuenta, desde el momento en que, en todo caso, que la ley requiera la intervención de peritos o expertos, el concepto de éstos debe prevalecer sobre el dicho de los testigos, máxime cuando los expertos hayan practicado la diligencia "de visu" y sin atenerse a los

hechos que pudieran estar comprobados en el juicio.

Por todo lo dicho se rechaza el cargo.

d) En el Capítulo IV y último de la demanda de casación se dice:

“Contiene el fallo la negativa de que las personas que declararon en este juicio hayan afirmado que el contrato contenido en la escritura número 730 de que se trata sea simulado o que ello sea fama pública. Básteme anotar en contrario:

1º El concepto de donación que el testigo plantea como remuneratorio —y el concepto de acto en todo caso simulado, es palmario en la declaración de Jorge E. Caicedo— traído por la demandada, f. 8 de sus pruebas, cuando dice que al otorgarle doña Concepción dicha escritura a Gertrudis Soler “debió tener en cuenta no solamente los gastos hechos por doña Gertrudis, etc. “2º Los testigos José Vte. Caicedo y Santiago Castro, ya citados, dicen expresamente que en el vecindario de Chicoral se estima de una manera general que los bienes transferidos en dicho instrumento por doña Concepción a su hija, son bienes de la sucesión de aquélla y que corresponden y deben corresponder a todos los hijos. Y sin contar con que al f. 38 el testigo Castro anota muy significativamente que según le informaron “doña Concepción era fiadora ante el comercio de Girardot de Pablo Sánchez, quien debido a su mala situación no estaba en condiciones de pagar y entonces doña Concepción, temerosa de que la ejecutaran a ella, le hizo donación de sus bienes a doña Gertrudis como hija mayor que era”. Diciendo más adelante: “Es un hecho cierto que en el vecindario de Chicoral se considera que los bienes que simuló venderle doña Concepción a Gertrudis son bienes de la sucesión de doña Concepción que como tales les corresponden por igual a todos sus hijos”. En este último concepto abunda también el testigo Benjamín Gil (f. 45, cuaderno de pruebas Actor).

“Ahora bien: si, como el propio fallador lo acepta y es un hecho que afirman los anteriores y muchos otros testigos, éstos “se limitaron a considerar justo que a la muerte de Concepción Villalobos sus bienes fueran repartidos entre todos sus hijos”, pues los más están de acuerdo en que doña Gertrudis conserva en su poder esos bienes

arbitrariamente, ¿qué otra cosa pregunto, es la que resulta de todos estos testimonios, sino el concepto general sobre la ninguna realidad objetiva de la compraventa de autos? ¿No es en esto acaso en lo que radica la fama o rumor público sobre simulación?

“Por manera que al desconocer el Tribunal los aludidos testimonios ha violado por este nuevo aspecto los artículos 696 y 697 del C. J.”.

Se considera:

Al estudiarse la segunda parte, aspecto o cuestión planteada con la apreciación que de este elemento probatorio hizo el sentenciador —prueba testifical— del cargo contenido en el Capítulo III de la demanda de casación, relativa a la transgresión de los artículos 696 y 697 del C. J., por no haberse reconocido valor demostrativo suficiente al dicho de los testigos, a que el recurrente se refiere, se dijo: que el Tribunal al obrar así no desconoció el contenido de las normas citadas, sino que tuvo en cuenta que la naturaleza de esta prueba no permite que se tengan como tal, los juicios, conceptos u opiniones de los testigos. A lo que hay que agregar que: “éstos deben limitarse a narrar los hechos que hayan herido sus sentidos, no a pretender que la justicia acoja inferencias, deducciones, o asociaciones que los hechos susciten en la mente o en la imaginación del testigo, aunque éste sea persona de inteligencia sana y cuyos juicios pudieren revestir ordinariamente interés”. Así ocurrió en el caso de autos, por tanto, el cargo es infundado.

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 25 de febrero de 1949, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este litigio.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente en la debida oportunidad, al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas.
Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas.
Hernando Lizarralde, Secretario.

EL QUE EL COMPRADOR NO HAYA RECIBIDO TODO LO QUE ADQUIRIO NO SIGNIFICA QUE NO SE HAYA PERFECCIONADO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Se halla establecido en el expediente que los demandados formularon a los demandantes unos pedidos de mercancías, y aquéllos aceptan que recibieron parte de éstas. El contrato de compraventa quedó perfeccionado, aunque no todo lo pedido hubiera sido recibido, porque una cosa es la ejecución o consumación del contrato, y otra cosa muy distinta es la celebración del mismo: el contrato entre el actor y el opositor quedó aquí celebrado, aunque pudo no quedar ejecutado en parte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

D. W. Onan & Sons, una sociedad de Estados Unidos de Norte América, demandó por medio de apoderado a Francesconi Hermanos, una sociedad colombiana, y a Adán y Francisco Francesconi, únicos socios de ésta, para que se declare, principalmente:

1º Que la Sociedad Colombiana debe a la de Estados Unidos, de plazo vencido, la suma de mil novecientos veintidós dólares con ochenta y siete centésimos (US. \$ 1.922.87) o su equivalente en moneda legal, valor de los elementos, incluido el transporte, suministrados por la parte demandante a la demandada, de acuerdo con el pedido por mayor valor hecho el día cuatro de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

2º Que la citada sociedad colombiana debe igualmente a la otra sociedad mil ciento noventa y tres dólares con noventa y tres centésimos (US. \$ 1.193.93) valor de los artículos y transporte recibidos por la sociedad demandada, de acuerdo con el pedido por mayor valor hecho a la parte demandante el veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

3º Que en subsidio, Adán y Francisco Francesconi deben las sumas de que tratan los puntos anteriores.

En oportunidad los demandados presentaron contra la parte actora una demanda de reconvencción, la cual no hay necesidad de historiar.

Se clausuró la primera etapa del pleito con la sentencia de veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, pronunciada por el Juez Segundo Civil de Bogotá, por la cual se negaron las peticiones de las dos demandas, y se condenó a los contrademandantes a pagar las costas respectivas.

En la segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, confirmó la del Juzgado, absolviendo a los demandados.

El apoderado de la Compañía de Estados Unidos interpuso el recurso de casación contra esta sentencia, que concedido y tramitado en debida forma, se entra a estudiar.

Recurso de casación

Según su demanda, sólo una causal de casación, la primera del artículo 520 del C. Judicial, invoca el recurrente, dividida en varios apartes, el primero de los cuales se enuncia así:

Violación de los artículos 1849, 1857, inciso 1º del Código Civil, y 182 y 190 del Código de Comercio, por infracción directa.

Dice el recurrente: que el Tribunal encontró acreditado que la sociedad demandada hizo dos pedidos a la sociedad demandante, fechados el 4 y el 25 de agosto de 1939, el uno por valor de US. \$ 2.535.40, y el otro por valor de US. \$ 1.542.50, en los cuales aparecen claramente determinadas las mercancías pedidas, así como el precio; que admite también el Tribunal, en vista de las posiciones absueltas por Adán Francesconi y de la contestación de la demanda, que de los elementos pedidos no se recibió la totalidad sino una parte; y que sin embargo de esto, el Tribunal concluye que la demanda no puede prosperar por falta de determinación de las cosas vendidas, lo que es erróneo a la luz de los artículos citados, toda vez que el contrato de compraventa de bienes mue-

bles se perfecciona por el solo consentimiento, de manera que si el demandado formuló los pedidos, y el demandante los aceptó, a lo menos de la manera tácita de que trata el artículo 190 citado, la conclusión correcta no podía ser otra sino la de que el contrato de compraventa mercantil versó sobre los elementos especificados en los pedidos y por los precios en ellos fijados.

Y termina el recurrente: El Tribunal incurrió en violación del artículo 1849 del C. Civil, por infracción directa, por errónea interpretación de las pruebas en relación con los pedidos, pues considera que el contrato no se perfeccionó por falta de determinación de todas las cosas vendidas y de su precio, cuando esas pruebas están pregondando cuáles fueron las mercaderías objeto del negocio, y cuáles fueron sus precios. Además, por la misma errónea apreciación del Tribunal violó los artículos 1857 del C. C. y 182 y 190 del C. de Co., ya que ha debido reputar perfecta la venta desde que las partes convinieron en la cosa y el precio, principio éste, como el del artículo 1849, también aplicable a operaciones mercantiles de acuerdo con el artículo 192 del C. de Co.

Ciertamente, la sentencia expresa lo siguiente: Según la manifestación hecha por la parte demandada al contestar la demanda, Francesconi Hermanos efectuaron varios pedidos a la casa demandante, entre los cuales se encuentran los indicados en el libelo, y de ellos se despacharon algunos elementos a los compradores, sin que estén determinados cuáles. Lo mismo aparece de las posiciones absueltas extrajuicio por Adán Francesconi a quien se le preguntó: Del anterior pedido recibieron artículos por un valor de US. \$ 1.735.71, ¿sí o no? y contestó: "No es cierto pues en parte llegó y en parte no llegó". Se le preguntó de nuevo sobre el otro pedido si había recibido los elementos de él, y contestó: "No es cierto y aclaro: ha llegado tan sólo una parte de la maquinaria y la otra no ha llegado".

De esto que la sentencia relaciona como base para sus conclusiones, se desprende:

Que Francesconi Hermanos hicieron a la casa actora los dos pedidos de que hab'a la demanda;

Que de esos pedidos se despacharon algunos de sus elementos a los solicitantes; y

Que los demandados recibieron parte de los pedidos, pues éstos dicen sobre el primer pedido: en parte llegó; y sobre el segundo pedido dicen: "ha llegado tan sólo parte de la maquinaria".

Lo que se sintetiza así: a virtud de un contrato de compraventa, los demandantes enviaron a los

demandados unas mercancías; que éstos recibieron sólo en parte.

Pero la sentencia, después de examinar el artículo 1849 sobre compraventa, y de expresar que en tal contrato debe establecerse la existencia y determinación de la cosa vendida y del precio, expresa: "Estaría perfecta la demostración del contrato y establecida la obligación de pagar el precio, si se hubiera establecido cuáles fueron los elementos recibidos, aun cuando no hubiesen sido la totalidad de los pedidos, en virtud del inciso 2º del artículo 249 del Código de Comercio que dice: Pero si el comprador aceptare las entregas parciales, la venta se tendrá por consumada en cuanto a las porciones recibidas, aun cuando el vendedor no le entregue los restantes".

Es éste el caso actual: los demandados compradores recibieron parte de las mercancías, de manera que la venta hay que considerarla como consumada.

Se halla establecido en el expediente que los demandados formularon a los demandantes unos pedidos de mercancías, y aquéllos aceptan que recibieron parte de éstas. El contrato de compraventa quedó perfeccionado, aunque no todo lo pedido hubiera sido recibido, porque una cosa es la ejecución o consumación del contrato, y otra cosa muy distinta es la celebración del mismo: el contrato entre el actor y el opositor quedó aquí celebrado, aunque pudo no quedar ejecutado en parte. No tiene razón entonces el Tribunal al afirmar que estaría perfecta la demostración del contrato si se hubiera establecido cuáles fueron los elementos recibidos por los demandados, ya que la indeterminación de estos elementos no incide en el contrato en sí, es decir, en el vínculo contractual, y es cuestión que se estudiará en otra parte.

Desde este punto de vista el motivo de casación debe prosperar, y se entra a dictar la sentencia correspondiente.

Sentencia

Según lo ya visto, no queda duda de que entre la casa extranjera y la colombiana se celebró un contrato de compraventa, con condiciones establecidas en las dos notas de pedido de que se habla en la demanda, y que firmadas por los compradores Francesconi Hermanos y aceptadas por los vendedores, se encuentran en el expediente. En tales notas se especifican los efectos comerciales a que se refiere el contrato, y el precio de

cada uno de ellos. Bien que los demandados compradores no hayan aceptado que deban todo lo cobrado por los vendedores en su demanda, pero sí se ha establecido que recibieron parte de lo pedido, y que por lo tanto deben el valor de esa parte; y cuando en la demanda se pide más de lo debido, no se invalida ésta sino que se declara el derecho sobre lo que se pruebe que se adeuda (artículo 210 del C. J.).

En el presente caso, no hay elementos en el juicio para decidir qué es lo debido por Francesconi Hermanos, y entonces es preciso pronunciar una condenación en abstracto, dejando la fijación de aquéllo a lo que se pruebe en el incidente sobre ejecución de la sentencia.

Dijo, con razón, el Tribunal: "Las diversas circunstancias que se presentan en los juicios hacen necesaria la llamada condenación en abstracto, la que debe hacerse cuando realmente en el juicio que se agite faltan elementos para especificar su monto, **pues esta contingencia no puede echar a perder la obligación que resulta de autos**". (Subraya la Sala).

La doctrina aquí expuesta, fuera de jurídica, tiene un hondo sentido de justicia. Si se establece, como se estableció en los autos según lo ya anotado, que los demandados recibieron una mercancía, deben pagarla, y la ley señala las normas para que la contingencia de que habla el Tribunal (la falta de algunos elementos para determinar lo debido) "no eche a perder la obligación que resulta de autos".

Del expediente aparece:

a) Que en agosto cuatro de mil novecientos treinta y nueve, los demandados hicieron a los demandantes un pedido de efectos de comercio, número 136-39, en el cual, bajo la firma de aquéllos y con la aceptación de éstos, se señalan los elementos pedidos y el precio de cada uno de éstos, lo mismo que el precio total tenida en cuenta la cantidad facturada, pedido que monta a la suma de US. \$ 2.533.40. Aquí quedaron definidos el precio de cada artículo, en dólares, y el precio total en cada renglón, lo cual da una base fija para la liquidación.

b) De la misma manera y bajo la aceptación de demandantes y demandados, figura el pedido 141-39, de veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y nueve, en el cual también se señalan los precios de los artículos allí detallados, con un total en dólares de US. \$ 1.542.50.

Acerca de estos dos pedidos, los demandados, como se vio, no los niegan, y sólo dicen que no

recibieron el total de los elementos que en tales pedidos figuran. A lo cual podía observarse que en la demanda no se hace cobro de todos los efectos que figuran en esos dos pedidos.

c) Con respecto al pedido de cuatro de agosto de mil novecientos treinta y nueve, que es el primero de los enunciados, la demanda cobra solamente la cantidad de US. \$ 1.922.87, incluido el transporte, lo que indica o que ya una parte del pedido había sido pagada, o que no fueron remitidos los artículos de que el pedido habla; lo que quiere decir que en una liquidación no puede tenerse en cuenta sino lo solicitado en la demanda.

d) También sobre el pedido de que se trata en la letra b) sólo se cobra en la demanda la suma de US. \$ 1.193.93, inferior al valor total de ese pedido; y de la misma manera, en la liquidación hay que tener en cuenta la demanda.

e) En ambos casos se incluye en las sumas cobradas el valor del transporte, acerca de lo cual no hay prueba ninguna en los autos, de manera que en una liquidación se debe hacer deducción de los cobros hechos en la demanda por concepto de transporte.

f) El pago debe hacerse en Bogotá, según condiciones de los pedidos; y debe hacerse en dólares, o en moneda colombiana al cambio en el día de la liquidación.

g) Como ya se dijo, los demandados presentaron demanda de reconvencción contra la casa extranjera, la cual fue decidida por el Juzgado negando las peticiones de ella. El Tribunal confirmó esto que resolvió el Juzgado, absolviendo a la casa extranjera. Y como Francesconi Hermanos se conformaron con lo resuelto por el Tribunal, pues no interpusieron el recurso extraordinario de casación, en una liquidación no se podrá tener en cuenta lo que aquéllos han alegado en el juicio como cargos contra la casa demandante.

h) De los artículos o efectos detallados en las letras a) y b) de atrás, la Sociedad demandada sólo debe el valor de aquellos que se pruebe que le fueron despachados y que ella recibió, a los precios estipulados en esos mismos pedidos.

Se ha establecido que Francesconi Hermanos recibieron parte de las mercancías a que se refieren los pedidos que se dejaron vistos atrás, de manera que el precio debe resultar de los comprobantes que sobre el recibo de esas mercancías se presenten en el incidente del artículo 553 del C. Judicial que se refiere a ejecución de la sentencia sobre condena en abstracto.

Este artículo 553 es amplio en su contenido y

se refiere a cantidades ilíquidas por concepto de frutos, perjuicios "u otra cosa semejante". De suerte que dicho artículo no solamente se refiere a prestaciones accesorias, como son frutos e intereses, sino que en él quedan comprendidas también cosas que pueden ser principales, como por ejemplo los perjuicios que se reclaman en una acción indemnizatoria, o también en el caso **sub-judice** en que el precio de los artículos recibidos no es cuestión accesorio.

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 del Tribunal Superior de Bogotá de fecha septiembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y siete, REVOCA la del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, de fecha veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, y

DECIDE:

1º De acuerdo con las pruebas del expediente, Francesconi Hermanos, sociedad demandada en este juicio, debe a la sociedad demandante D. W.

Onan & Sons de Minesota, Estados Unidos de Norte América, el valor de parte de los artículos a que se refieren los pedidos número 136-39 de 4 de agosto de 1939, y número 141-39 de 25 de agosto del mismo año, de que trata la demanda, a los precios establecidos en tales pedidos.

2º La determinación de ese precio se hará en armonía con lo que dispone el artículo 553 del C. Judicial, teniéndose en cuenta las bases señaladas en las letras de a) hasta h) de la parte **expositiva** de esta sentencia.

3º Francesconi Hermanos pagarán a los actores los intereses legales de la suma debida, desde el día en que las mercancías fueron recibidas por aquéllos.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO—LA CAPACIDAD PARA CELEBRAR UN CONTRATO O EJECUTAR UN ACTO JURIDICO NO NECESITA SER DEMOSTRADA CONCRETAMENTE POR MEDIO DE PRUEBAS, PORQUE LA LEY LA PRESUME—EL JUZGADOR NO ESTA OBLIGADO A FIJAR SIN DISCRIMINACION ALGUNA EL VALOR DE PLENA PRUEBA A UN PERITAZGO, AUNQUE APAREZCA EXPLICADO Y DEBIDA MENTE FUNDAMENTADO

1.—La capacidad para celebrar un contrato o ejecutar un acto jurídico no necesita ser demostrada concretamente por medio de pruebas: la ley la presume. El artículo 1503 del Código Civil enseña que “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”. De allí que con toda propiedad pueda decirse que la capacidad es la regla general y que la incapacidad es la excepción. Este principio lo consagra también la ley, como es lógico y obvio, en materia de testamento, como puede verse en el artículo 1061 *ibidem*.

Esta presunción sólo puede caer bajo el peso de la prueba contraria, y para desvirtuarla en casación, es necesario que el recurrente alegue y demuestre que el sentenciador incurrió en error de hecho evidente o en error de derecho en la apreciación de la prueba que se produjo con el objeto de demostrar la incapacidad de uno de los contratantes, o del testador, cuando de testamento se trata.

2.—Ni el artículo 722 del C. J. ni el 723 *ibidem* constriñen al juzgador a fijarle sin discriminación alguna el valor de plena prueba al dictamen pericial, aunque aparezca explicado y debidamente fundamentado; por el contrario, aquél disfruta de gran amplitud de criterio para analizar estas circunstancias y para determinarle su fuerza probatoria, según que en su concepto lo encuentre o no suficientemente explicado y fundamentado. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Juan Ignacio, Carmen y María Antonia Andrade propusieron ante el Juez Primero Civil del Circuito de Neiva juicio ordinario contra Carlos Leonidas y Antonio María Andrade, y contra Jorge Andrade Rivera, la Iglesia Parroquial y el Nuevo Templo de Neiva, el Seminario de Garzón y la Comunidad de Siervas de la Sagrada Familia, representadas por el Excelentísimo Obispo de Neiva y la Superiora de la Comunidad de Siervas, en su calidad de legatarios de la nombrada testadora, para que se declare:

“a) Que es nulo de nulidad absoluta el testamento cerrado otorgado por la señorita Magdalena Andrade Charry el 22 de diciembre de 1942 pasado ante el Notario Primero de este Circuito y protocolizado por la escritura número 1175 de 16 de diciembre de 1943, registrado bajo el número 519 y la número 1093 pasada ante el mismo Notario, sobre protocolización de las diligencias puestas en la cubierta del testamento cerrado, registrada bajo el número 113, por no encontrarse en el uso de sus facultades la testadora; y porque en el acto del otorgamiento no se cumplieron con las formalidades esenciales de que trata el artículo 1080 del C. Civil;

“b) Que son igualmente nulas y no tienen por lo tanto ningún valor ni efecto las providencias dictadas por el señor Juez Primero de este Circuito Civil, de fecha 8 de noviembre de 1943 y 10 de diciembre del mismo año;

“c) Que como una consecuencia de la nulidad del testamento, es también nulo el juicio de sucesión de la señorita Magdalena Andrade Charry;

“d) Que, como resultado de las declaraciones anteriores es intestada la sucesión de la señorita Magdalena Andrade Charry y por lo tanto, la herencia tienen que recibirla los herederos abintestato; y

"e) Que deben pagar las costas de este juicio si se oponen".

Como fundamentos de esas súplicas se invocan, entre otros, los siguientes hechos:

"Primero.—Que la señorita Magdalena Andrade, cuando otorgó su testamento, a la edad de ochenta y dos años, no gozaba del pleno uso de sus facultades intelectuales;

"Segundo.—Que en el acto de la entrega del testamento, la señorita Magdalena Andrade, no declaró de viva voz y de manera que el Notario y los testigos lo hubieran visto, oído y entendido, que en dicha escritura cerrada se contenía su testamento;

"Tercero.—Que la señorita Magdalena Andrade, por su extremada ignorancia, su afección a los órganos de los sentidos y su total falta de discernimiento, nunca pudo manejar ni todo ni parte de sus bienes, los cuales estuvieron siempre a cargo de terceras personas, entre ellas el señor Carlos Andrade;

"Décimoquinto. — Que la señorita Magdalena Andrade, por su extremada ignorancia, falta de conocimiento, desconocimiento del valor de las cosas y hasta de sus mismos intereses y su estado de demencia senil, la colocaban en un estado de absoluta incapacidad para todo acto de la vida civil;

"Décimosexto.—Que el testamento de la señorita Magdalena Andrade no fue obra de ella sino de sus familiares y especialmente de los que figuran como herederos universales, señores Carlos L. Andrade y Antonio Andrade, quienes buscaron el abogado, lo instruyeron en el asunto y prepararon el testamento, cuya nulidad se demanda por varios conceptos".

Surtido el juicio con oposición de los demandados el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia del 9 de agosto de 1948, por la que los absolvió de los cargos que les fueron formulados. Apelado ese fallo por los actores, el Tribunal Superior de Neiva lo confirmó por el suyo de trece (13) de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949).

En esa sentencia el Tribunal sostiene en primer término que en el otorgamiento del testamento de Magdalena Andrade se cumplieron a cabalidad las formalidades externas que prescribe el artículo 1080 del Código Civil. Este punto lo encontró plenamente demostrado con la declaración notarial que sobre el particular consta de la Escritura N° 1093 de 22 de diciembre de 1942, la

cual aseveró "no ha sido desvirtuada por ningún medio probatorio".

Pasó en seguida a examinar la prueba traída en relación con el otro extremo de la demanda, o sea aquel en que se afirma que la testadora no se hallaba en el goce de sus facultades en el momento de otorgar el testamento, y con este fin extractó las declaraciones de los testigos aducidos por el actor y por los demandados. Igual procedimiento empleó con el dictamen pericial rendido en el proceso por los doctores Luis A. González y Jorge Ramírez S., apoyándose en los dichos de aquéllos. Observa que los aludidos testimonios son contradictorios, pues de un lado los de los demandados afirman el estado normal de la testadora y los del actor aseveran que ésta no se hallaba en el goce de sus facultades al momento de testar; hace la crítica de estos testimonios; dice que de ellos "no encuentra la Sala falladora la demostración que la lleve a la certeza de cuál era la anormalidad mental que incapacitaba a la señorita Magola para otorgar su testamento", y luego —cuando estudia el dictamen pericial— expresa que en los hechos de que dan cuenta los testigos del actor no encuentra base o fundamento revelador de que la testadora se encuentre en "un estado mental anómalo". Hace tema de especial consideración las declaraciones de los facultativos Trujillo Falla, Perdomo C., y Luis F. Cabrera y exponen las razones por las cuales no acoge sus afirmaciones sobre demencia de la testadora. Después analiza detenidamente el dictamen pericial y critica, combate y desecha con variados razonamientos los fundamentos que le sirvieron de base para pronunciarse sobre la incapacidad mental de la testadora y le contrapone las declaraciones de los médicos doctores Duque Gómez, Azuero y Perdomo, de quienes dice que "han declarado uniformemente que no encontraron en la testadora anomalía alguna reveladora de trastornos mentales" después de haber conversado largamente con ella en varias ocasiones.

Finalmente expuso:

"Existe una presunción legal de que toda persona es sana de mente y para que esa presunción se destruya, es preciso que se demuestre plenamente que se halla privada de sus facultades mentales.

"En el caso que se estudia hay un cúmulo de declaraciones en las cuales se afirma que doña Magola era sorda, que conversaba con las paredes y los muros, que siempre vivió al lado de sus

allegados, quienes le administraron sus bienes, y existe también el testimonio del doctor Luis Felipe Cabrera, médico de la señorita, quien afirma que la testadora era una cretina hipotiroidea. Sobre esos testimonios los peritos han concluido que doña Magola era una insuficiente hipofisiaria, una imbécil cretina, una oligofrénica, incapaz civilmente para otorgar testamento.

"Pero de otro lado, existe también un número considerable de testigos, de honorabilidad reconocida, que afirman que doña Magola era persona perfectamente cuerda en el trato con los demás. Y esos testimonios se hallan corroborados por los tres distinguidos facultativos, quienes afirman, después de conversar largamente con la paciente, que no le encontraron perturbación mental alguna.

"En tales condiciones, no encuentra el Tribunal la prueba suficiente para destruir la presunción que favorece a doña Magdalena, según la cual es preciso considerarla como civilmente hábil para otorgar su testamento".

A los demandantes se les concedió contra esa sentencia recurso de casación, el que hoy, al cabo de su tramitación legal, se procede a decidir.

En el introito del "Capítulo único" de la demanda de casación, que el recurrente subdivide en "Parágrafos", invoca éste la causal primera del artículo 520 del C. J. y dice que "la sentencia es violatoria por infracción directa de los artículos 1061, numeral 3º, 1062, 1118, 1504, 1509 y sus concordantes del Código Civil; 1037, 1040 (ley 153 de 1887, art. 85) 1041, 1042, 1043 ibidem; y 1740, 1741, 16 y todos sus concordantes del mismo Código Civil"; que "la violación directa de todas esas disposiciones consistió en no haberlas aplicado, siendo el caso de aplicarlas" y que "el Tribunal incurrió en las expresadas violaciones de la Ley sustantiva, como resultado de errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas, y por haber dejado de apreciar otras".

En seguida el recurrente fundamenta su acusación en varios cargos, que se sintetizan y estudian siguiendo el orden en que se proponen.

Primer cargo. Aquí se alega, en resumen, que el Tribunal incurrió en error de derecho al dar a la prueba testimonial aducida por los demandados con el propósito de establecer la normalidad mental de la testadora, un alcance que no les concede la ley, pues basta leer las declaraciones de los testigos que cita para ver que se reducen a enunciaciones puramente negativas y a conceptos; que según el artículo 595 del C. J. las

negaciones no se demuestran por medio de pruebas; que el fallador erró al estimar estos testimonios negativos y al oponerlos a la plural y categórica prueba testimonial aducida por la parte demandante para demostrar hechos positivos sobre la situación personal de la testadora, puesto que aquí no se trata del caso contemplado por el artículo 702 del C. J., según el cual el juzgador goza de autonomía para apreciar testimonios contradictorios, desde luego que aquéllos declaran sobre negaciones que no son susceptibles de ser demostradas y los últimos sobre hechos positivos y tienen el valor de plena prueba conforme al artículo 697 y concordantes del C. J. Agrega que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de los testimonios por él aducidos, en cuanto "consideró que se encaminaban a demostrar la incapacidad civil" de la testadora, pues ellos se limitan o concretan a establecer hechos externos en relación con ésta, que si quedaron demostrados de manera plena por esos testimonios. Finalmente dice que el Tribunal incurrió en violación del numeral 6º del artículo 669 del C. J. al acoger los testimonios de algunos eclesiásticos, que no son testigos hábiles para declarar en causas en que tenga interés la Iglesia Católica.

Se considera:

La capacidad para celebrar un contrato o ejecutar un acto jurídico no necesita ser demostrada concretamente por medio de pruebas: la ley la presume. El artículo 1503 del Código Civil enseña que "toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces". De allí que con toda propiedad pueda decirse que la capacidad es la regla general y que la incapacidad es la excepción. Este principio lo consagra también la ley, como es lógico y obvio, en materia de otorgamiento de testamento, como puede verse en el artículo 1061 ibidem.

Si esto es una verdad jurídica indiscutible —que como así lo admitió el sentenciador para el caso de autos— ninguna finalidad práctica en orden a la prosperidad del cargo tendría el que se encontrase que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de las pruebas que cita el recurrente, pues éstas apenas fueron utilizadas como elementos corroborantes de la presunción de sanidad o capacidad mental de la testadora, que no requería demostración probatoria alguna. Esta presunción sólo podría caer bajo el peso de la prueba contraria, y para desvir-

tuarla en casación habría sido necesario que el recurrente alegase y demostrase que el sentenciador incurrió en error de hecho evidente o en error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial y del dictamen pericial que se produjeron por el demandante para establecer la incapacidad de la testadora, y sobre esos temas no versa la acusación, desde luego que ésta no se refiere al dictamen pericial ni a la apreciación que en concreto hizo el Tribunal de la prueba testimonial, en cuanto consideró que de los hechos que dan cuenta los declarantes no puede deducirse la inhabilidad de aquélla al momento de otorgar el testamento.

Lo dicho es suficiente para rechazar, como se rechaza, el cargo.

Segundo cargo. En éste, ordenándolo, dice el recurrente:

a) Que el dictamen pericial a que alude es uniforme y en él los peritos exponen, sin lugar a duda, las conclusiones que según su profesión y ciencia se desprenden de hechos plenamente establecidos, por lo cual constituye plena prueba al tenor de lo estatuido en el artículo 722 del C. J., y que al negarle ese valor el Tribunal incurrió en error de derecho;

b) Que el dictamen pericial es uniforme, sólidamente fundamentado y es uno de los referidos en el artículo 722 del C. J. que hace plena prueba por disposición de la ley, que no puede ser negada por el fallador, pues la ley no le ha dejado campo para su apreciación autónoma, sino que le ha asignado mérito probatorio que no le puede ser desconocido;

c) Que aún admitiendo que se tratase de uno de los dictámenes previstos en el artículo 723 ibidem, resulta también que el Tribunal lo apreció con evidente error de hecho y de derecho, pues sin que las partes ni el Tribunal hubiesen pedido aclaración o explicaciones ni aquéllas lo hubiesen objetado, el fallador lo desestima, con violación de esas disposiciones, invadiendo un campo extraño a su función, cuando entra a rebatir sus fundamentos, situándose en un terreno exclusivamente científico, dejando así sin objeto la función auxiliar y especializada de los peritos, que les asigna el artículo 705 ibidem.

d) Agrega el recurrente, que por virtud de esas erradas apreciaciones, el juzgador quebrantó las disposiciones sustantivas citadas arriba; que "incurrió en error de hecho y de derecho el Tribunal, al desprestigiar la relación íntima entre las pruebas testimoniales y la pericial, máxime si se

tiene en cuenta, como debe tenerse, que muchos de los testigos son médicos graduados y entre ellos el médico de cabecera de la extinta, cuya autoridad científica y moral no se ha atrevido nadie a socavar en esta controversia (doctor Cabrera).

Sobre los apartes a), b) y c), del cargo anterior, considera la Sala:

El artículo 722 del Código Judicial se refiere al caso en que el perito examina hechos que están sujetos a sus sentidos y dictamina sobre ellos y sus consecuencias sin lugar a dudas, siguiendo las reglas que gobiernan su arte, profesión u oficio. Esa norma no es aplicable al caso del experticio producido en este pleito, como que se trata de un dictamen que por haber sido rendido mucho tiempo después de ocurrida la muerte de la testadora, no fue fruto o resultado de observaciones directas de los dos peritos en la persona de aquélla. De consiguiente, la disposición aplicable para determinar su fuerza probatoria, es la del artículo 723 ibidem y no la del 722. Empero ni la una ni la otra disposición constriñen al juzgador —como lo entiende el recurrente— a fijarle sin discriminación alguna el valor de plena prueba al dictamen pericial, aunque aparezca explicado y debidamente fundamentado; por el contrario, aquél disfruta de gran amplitud de criterio para analizar estas circunstancias y para determinarle su fuerza probatoria, según que en su concepto lo encuentre o no suficientemente explicado y fundamentado. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, como se ve de las siguientes sentencias:

"La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido nunca aceptada por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del C. J., que no sólo permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánicamente o ciegamente. El texto e interpretación del artículo 722 del C. J. no cohiben al juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia dependen no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste. El artículo 723 coloca al juez

en un plano de apreciación muy amplia, para estudiar la fuerza probatoria del dictamen pericial, de acuerdo con las reglas generales sobre valoración de pruebas. En tratándose de un dictamen, en cualesquiera de los dos casos en que se refieren las normas que acaban de citarse, el juzgador puede aceptarlo o no, dando las razones para ello, sin que pueda nunca modificarlo, porque entonces su misión sería la de perito y no la de juez". (Casación, 17 de agosto de 1944, LVII, 532).

En esa sentencia se reproduce lo resuelto en otras en idéntico sentido y al rechazar un cargo por error de hecho fundado en que el juzgador desestimó un dictamen pericial sobre cuestiones de psiquiatría forense, se concluyó:

"De modo que a juicio de la Corte y ante los términos de los artículos 722 y 723 del Código Judicial, el juzgador no quebranta esas normas al estudiar los fundamentos del dictamen médico producido en este juicio".

Y en sentencia de 27 de agosto de 1947, se dijo lo siguiente que hoy se reproduce y acoge para rebatir otra de las observaciones del recurrente:

"Las circunstancias de que el dictamen sea uniforme, aparezca fundamentado y no haya sido objetado, no le confiere necesaria y obligatoriamente la calidad de plena prueba, porque al silencio, asentimiento tácito o inactividad de las partes no puede otorgársele la facultad de conferirle al exparticio esa calidad, suplantando así al juez en la función que exclusivamente le corresponde, de esclarecer si en verdad él es uniforme y está debidamente fundamentado, para reconocerle o no el valor de plena prueba". (G. J. 2050, pág. 722).

En la valoración de la prueba pericial el sentenciador no incurrió, pues, en el error de derecho que le imputa el recurrente al desestimarla mediante el análisis que hizo sobre los fundamentos en que descansa, ni tampoco en el error de hecho que se anota en el aparte "d" de la acusación, pues el sentenciador no ignoró ni omitió considerar la circunstancia de que el experticio se apoya en los hechos de que da cuenta la prueba testimonial aportada al expediente, y partiendo de la base de la concomitencia entre ambos elementos de convicción precisamente dijo —como se apuntó arriba al hacer la síntesis del fallo— que esos hechos por él analizados ampliamente, no eran reveladores de que la testadora se encontrase en "estado mental anómalo". De allí que esa acusación para que siquiera fuese formalmente acertada ha debido proponerse, y así no se

propuso, alegando y demostrando que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al desecharlo mediante las razones que al efecto expuso tanto la prueba testimonial como el dictamen pericial.

No prospera el cargo.

Tercer cargo. Afirma que el Tribunal no apreció los siguientes indicios y presunciones plenamente establecidos:

"a) Está acreditado que antes del pretendido testamento ya se le había hecho otorgar a la de cujus **"una escritura de confianza"** para pasar sus bienes a los presuntos herederos Carlos Leonidas y Antonio María Andrade, por medio del señor Hermógenes Trujillo. Es de notar que actuó como Notario en tal acto simulado el mismo señor Quintero, que aparece autorizando en tal carácter el supuesto testamento.

"El señor Trujillo al enterarse de los propósitos torticeros de los interesados en ese acto, "devolvió la Escritura de confianza a la señorita Andrade".

"b) Está acreditado que la señorita Magdalena vivía en la casa de Carlos Leonidas Andrade, que es el beneficiado en el testamento.

"c) Está acreditado que ella nunca manejó sus bienes y carecía de la noción relativa al valor de las cosas y de las monedas.

"d) Está acreditado que era sorda, que para que entendiera había que hablarle muy recio y por señas. Esto unido a su pequeñez corporal, a su falta de nociones, y a su hábito inveterado de obedecer, hace comprender que ella debería sentir un intenso temor al oír que se le vociferaba y se le manoteaba por personas grandes, que siempre la mandaron, a fin de que hiciera algo. Esto configura una fuerza inminente, al menos desde el punto de vista subjetivo de ella.

"e) Está acreditado que los médicos firmantes del certificado anexo al testamento se entendieron con Carlos Leonidas Andrade para expedirlo "con carácter de certificación familiar".

"f) Es evidente el interés de dicho Carlos Leonidas en el testamento tal como quedó escrito.

"g) Está acreditado que fue él mismo quien se entendió con el abogado para que redactara, como redactó, el testamento.

"h) Está acreditado que el doctor Luis Felipe Cabrera, médico de cabecera de la ancianita enferma, se negó a firmar el certificado de que ella era capaz, cuando se lo solicitaron así los familiares interesados, que era con quienes él se en-

tendía. La autoridad moral y científica de este galeno es tal que ambas partes la respetaban.

"i) Preguntados bajo juramento los médicos que suscribieron tal certificado, manifiestan que lo expidieron con carácter puramente familiar y no para servir a la justicia, y que para ello obraron mediante exámenes simplemente psicológicos, y no somáticos ni clínicos".

Añade que esos graves indicios y presunciones, dejó de considerarlos el Tribunal; que ellos son de tal importancia que si los hubiese tenido en cuenta necesariamente habría llegado a una conclusión contraria a la que inspira la sentencia, y que al no considerarlos el fallo "lesiona en su decisión, los derechos sustantivos de la parte que represento".

Para rechazar el cargo anterior son suficientes las observaciones que siguen:

1ª) Los hechos que se anotan en los apartes c), d) e i) fueron tomados en cuenta y analizados por el Tribunal en su decisión. Entonces, es obvio que no ha podido el sentenciador incurrir en el error de hecho que se alega y que se hace consistir en que esos llamados indicios no fueron por él apreciados;

2ª) No son para la Sala hechos que lógicamente induzcan a aceptar que la testadora no estaba en su sano juicio en el momento en que otorgó su testamento, los que el recurrente puntualiza en los apartes a), b), e), f), g), y h) de la acusación que se considera, y aun cuando algunos de ellos pudieran estimarse como indicios, ninguno tiene a juicio de la Sala la calidad de grave ni mucho menos la de necesario (arts. 663 y 665 del C. J.), por lo cual ni aún en ese supuesto se tendría la plena prueba que destruya la presunción de capacidad que amparaba y favorecía a la testadora cuando hizo su testamento y que el Tribunal le reconoce.

No se admite el cargo.

Cuarto cargo. Expresa el recurrente que el Tribunal "no consideró en su pleno valor legal las declaraciones de los testigos instrumentales del acto testamentario", señores Trujillo Falla, Omar Perdomo y Tomás Ramos (fs. 10, 13, 14 y 30 C. de pruebas del demandante), las cuales "no han sido contradichas por nadie se refieren precisamente al momento del otorgamiento (art. 1061 numeral 3º del C. C.) y están conformes en que

la señorita Andrade daba muestras de que no tuvo pleno conocimiento ni actuó con libertad en el acto de testar" y agrega que "huelga todo comentario".

Al final de la demanda de casación dice el recurrente que "la errónea apreciación de algunas pruebas y la no apreciación de otras, llevó al Tribunal a la conclusión de absolver a la parte demandada, con violación directa de los citados preceptos de carácter sustantivo y con evidente perjuicio para los derechos del recurrente".

Se considera:

El cargo adolece de tan notorias y graves deficiencias, que lo hacen plenamente ineficaz. En efecto:

El art. 531 del Código Judicial perentoriamente ordena que todo recurrente al invocar una causal de casación indique "en forma clara y precisa los fundamentos de ella" y en el caso presente no se cumplió ese deber, tal vez porque el recurrente entendió equivocadamente que "huelga todo comentario", cuando precisamente éste se requería, conforme al mandato del artículo citado y ya que —como es sabido— la casación es un recurso extraordinario que se diferencia radicalmente de las instancias en los juicios.

De otro lado, el Tribunal tomó en cuenta las declaraciones a que se refiere el recurrente e hizo tema de especial consideración las de los médicos Trujillo Falla y Perdomo C., y llegó a concluir en síntesis que con sus afirmaciones no se desvirtuaba la presunción de capacidad de la testadora. En esas condiciones para que a la Corte le fuera dable entrar a rectificar si es que a ello había lugar, las apreciaciones del juzgador de instancia sobre tales pruebas, no basta que el recurrente diga que aquél "no consideró en su pleno valor legal las declaraciones" citadas, sino que ha debido como lo manda el numeral 1º del art. 520 del C. J. alegar y demostrar que en esa apreciación se incurrió en error de derecho o error de hecho manifiesto.

Además, no dice expresamente el recurrente qué disposiciones sustantivas fueron violadas por el sentenciador, y la obligación de hacerlo así se la impone el art. 531 ibidem. Empero si hubiera que entender la parte final de la demanda de casación como un complemento de este cargo, entonces se tendría que se alega "violación directa" de

los textos legales citados al principio, la cual no ha podido producirse en tal concepto, sino en razón de una errada apreciación de las pruebas, dadas las ya vistas consideraciones que sustentan el fallo. Y sabido es que la Corte en casación, no puede variar oficiosamente los fundamentos y el concepto en que una acusación se apoya.

Se rechaza el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de trece (13) de ju-

nio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Gerardo Arias Mejía—Alfonso Gutiérrez—Emilio Prieto H., Of. Mayor en ppdad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — NOCION DE CULPA CIVIL— CUANDO HAY RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LAS PERSONAS JURIDICAS

1.—Culpa, en sentido lato, es la conducta contraria a la que debiera haberse observado, conducta desviada, bien por torpeza, por ignorancia, por imprevisión o por otro motivo semejante. Lo que nuestro C. Civil define sobre culpa cabe dentro de aquel concepto, pues la hay: cuando no se manejan los negocios ajenos con el cuidado que aún personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; cuando falta la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; cuando falta la diligencia esmerada que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes (art. 63 C. C.).

Son sujetos de culpa tanto las personas naturales como las jurídicas. Si no fuera así, habría que admitir que las personas jurídicas no son civilmente responsables, lo que resulta absurdo; habría que admitir que una persona natural, individualmente considerada, podría ser responsable, pero ya varias personas naturales, unidas en asociación, no serían responsables, lo cual peca contra la lógica y la justicia.

Se incurre en culpa cuando se causa un perjuicio, concientemente, o por imprudencia, o negligencia o ignorancia, lo que quiere decir que hay culpa por comisión o por omisión.

Cuando se trata de culpa del gerente de una compañía por acto realizado al obrar en esa condición, como éste representa a la compañía, la culpa es de la institución y no del representante, porque de lo contrario se podría llegar a la total irresponsabilidad de la persona jurídica en todos los campos.

2.—El simple hecho de haber sido decretado y aún comunicado un embargo, no puede tenerse aisladamente como un daño, si por cualquier motivo el embargo no se ha realizado, sino cuando está asociado a otro u otros hechos que den razón de un perjuicio al menos probable.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Obligándose solidariamente, Eduardo López Pumarejo y Calixto Torres Umaña firmaron a favor del Banco Hipotecario de Colombia un documento por la suma de \$ 10.000 que éste prestó a aquéllos, a una fecha y un interés determinados.

Después de algunas dificultades e incidencias, el documento fue cancelado al Banco, y el mismo día de su cancelación éste lo cedió a Félix Castillo Mariño "por valor recibido".

Una vez que el documento estuvo en manos de Castillo Mariño, éste pidió ante Juez competente que se librara mandamiento de pago a su favor y a cargo de López Pumarejo, "por la cantidad de \$ 10.000 más sus intereses a la rata de uno y cuarto por ciento mensual desde el 29 de octubre de 1927 hasta el día en que se verifique el pago, y las costas del juicio".

El mandamiento de pago fue dictado por auto de diez y siete de agosto de mil novecientos veintiocho, y al ser notificado, el ejecutado manifestó que no pagaba por tener excepciones para hacer valer; y ciertamente, propuso, entre otras, la de pago de la obligación, que fue encontrada probada según proveído del Juzgado Cuarto Civil de Bogotá, de quince de junio de mil novecientos treinta y siete, por lo cual se ordenó cesar la ejecución y desembargar los bienes; proveído éste que fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá con modificaciones de poca importancia.

Ocurrido este insuceso, Torres Umaña volvió a su posición de co-deudor, y en mayo de 1938 entabló juicio ordinario contra López Pumarejo por la cantidad de \$ 5.000, fundado en que demandante y demandado se obligaron solidariamente a favor del Banco Hipotecario de Colombia por la cantidad de \$ 10.000.00; en que el demandado nunca pagó al Banco ni pagó al demandante la

mitad del pagaré, ni los intereses (hechos 2º y 3º de la demanda); y en que “el día 1º de marzo de 1928 **tuve que pagar al Banco acreedor** —dice Torres Umaña— el total de la deuda e intereses moratorios vencidos, sin que el demandado hubiera erogado para ello dinero alguno (hecho 4º). Y en la misma demanda dice Torres Umaña: “Como la obligación que contrajimos el demandado y yo con el Banco fue mancomunada y solidaria, con el **pago que hice al Banco acreedor de la totalidad de la obligación me subrogué, por ministerio de la ley**, en la mitad de su valor, con acción contra el codeudor solidario señor López Pumarejo...”. (La Sala subraya).

Torres Umaña alcanzó éxito en su demanda, pues el Juzgado condenó a López Pumarejo a pagar los \$ 5.000 cuestionados, y el Tribunal confirmó esa condenación, según sentencia de diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, que llevada ante la Corte, no fue casada.

El juicio a estudio

López Pumarejo presentó demanda ordinaria contra el Banco Central Hipotecario para que se declare, entre otras cosas, que éste es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales que se le ocasionaron “por haber endosado simuladamente, y en todo caso por descuido o negligencia de su parte, a favor de Félix Castillo Mariño, en primero de marzo de mil novecientos veintiocho, el pagaré a la orden número 1859, instrumento negociable que por \$ 10.000 suscribieron a favor de este establecimiento, el veintinueve de abril de mil novecientos veintisiete, los señores Calixto Torres Umaña y Eduardo López Pumarejo”; y que el Banco debe pagar al demandante los perjuicios exigidos, tasados por peritos en el término probatorio.

El Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, por sentencia de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, decidió el pleito aceptando la responsabilidad del Banco y ordenando a éste a pagar los perjuicios materiales y morales ocasionados a López Pumarejo. Los morales fueron fijados en \$ 500; y sobre los materiales se dispuso que fueran liquidados de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

Apelado este fallo, el Tribunal Superior de Bogotá decidió el negocio por sentencia de quince de julio de mil novecientos cuarenta y seis, en la cual se declara, como cosa principal:

Primero.—No probadas las excepciones de falta

de personería sustantiva de la parte demandada, y de prescripción; **Segundo.**—El Banco Hipotecario de Colombia es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales que causó a Eduardo López Pumarejo por el hecho culposo de haber endosado a favor de Félix Castillo Mariño, “sin derecho alguno y en forma descuidada y negligente”, el pagaré por \$ 10.000 que a favor de ese establecimiento suscribieron Torres Umaña y López Pumarejo; **Tercero.**—Se condena al Banco a pagar al demandante el valor de los perjuicios morales subjetivos, el cual se fija en \$ 1.500, y el de los perjuicios simplemente materiales “por causa del hecho culposo enunciado”. El monto de estos perjuicios será fijado al pedir la ejecución del fallo, por los trámites del artículo 553 del C. J., “y teniendo en cuenta las bases de liquidación señaladas en la parte motiva de esta providencia”.

Las bases de que aquí se trata son, según expresión literal de la sentencia: “el tiempo que duró la acción ejecutiva y los distintos embargos que en ella se decretaron; la clase de los bienes que fueron embargados para deducir de ella las posibilidades de ganancia o utilidad al no estar colocados fuera del comercio; el hecho de que la parte ejecutada fue condenada en costas, las cuales, por consiguiente, deberán ser descontadas del monto de la indemnización en el caso de haber sido pagadas”.

Casación

Contra esta sentencia interpuso el Banco el recurso de casación, que fue sostenido en demanda de veinticuatro de enero de mil novecientos cuarenta y siete, en la cual se acusa esa sentencia del Tribunal “por violación de leyes sustantivas y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas del proceso”; y desarrolla el Banco su acusación en los siguientes capítulos que corresponden a otros tantos cargos contra lo resuelto por el Tribunal:

El daño.

La culpa.

Relación de causalidad.

Prescripción.

La Sala tratará cada uno de estos temas, aunque variando el orden para estudiar primeramente el segundo de ellos, pues parece esto más lógico, si se tiene en cuenta que la culpa es el elemento capital de la responsabilidad, en la cual deben confluir tres factores: culpa, daño y vínculo de causalidad entre aquélla y éste.

I. La culpa.—Es general el concepto de que culpa, en sentido lato, es la conducta contraria a la que debiera haberse observado, conducta desviada, bien por torpeza, por ignorancia, por imprevisión o por otro motivo semejante. Lo que nuestro Código Civil define sobre culpa cabe dentro de aquel concepto, pues la hay: cuando no se manejan los negocios ajenos con el cuidado que aún personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; cuando falta la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; cuando falta la diligencia esmerada que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes (artículo 63 C. C.).

Son sujetos de culpa tanto las personas naturales como las jurídicas. Si no fuera así, habría que admitir que las personas jurídicas no son civilmente responsables, lo que resulta absurdo; habría que admitir que una persona natural, individualmente considerada, podría ser responsable, pero ya varias personas naturales, unidas en asociación, no serían responsables, lo cual peca contra la lógica y la justicia.

Se incurre en culpa cuando se causa un perjuicio, concientemente, o por imprudencia, o negligencia o ignorancia, lo que quiere decir que hay culpa por comisión o por omisión.

Aplicando estos principios a un Banco, persona jurídica que está representada por su gerente o mandatario, es preciso afirmar que éste obliga en todo campo a la institución, y que sus desvíos, descuidos, omisiones, etc., refluyen en la entidad que gerencia. Un gerente está obligado a prever los actos u omisiones que puedan responsabilizar a la institución que sirve. Un gerente debe tener aptitudes y cualidades que libren a la sociedad que dirige de peligros culpables, pues ante todo es un profesional de negocios, obligado por lo mismo a poner en el desarrollo de éstos todo el cuidado, la previsión, la diligencia y el tino que las circunstancias exijan.

Los anteriores principios inspiran toda la argumentación del Tribunal, la cual se mueve alrededor de la siguiente tesis: Descargado el documento por \$ 10,000, por pago que se hizo al Banco, éste no podía endosarlo a favor de Castillo Mariño, ya que el pago lo hizo Torres Umaña, y Castillo Mariño era para el caso un extraño. El Banco debía saber esto, y no ha debido, por tanto, hacer traspaso del documento en esa forma. Lo hizo, e incurrió en culpa, pues no era el caso de

subrogación. Acerca de esto dice textualmente el Tribunal:

“Si, de acuerdo con las consideraciones expuestas en favor de Castillo Mariño no se operó ni una subrogación legal, ni una convencional que justificaran la cesión en su favor del pagaré número 1859; y si dicho pagaré no podía ser negociado por virtud de su descargo, necesariamente se concluye que la cesión de él hecha por el Banco a Castillo Mariño carece de causa, se cumplió fuera de todo derecho, y que al hacerlo incurrió en inexplicable falta porque, no se escapa que el Banco sabía o debía saber que el pagaré estaba extinguido, y que no podía prestarse a revivirlo mediante el endoso... Castillo Mariño, en su calidad de cesionario del Banco Hipotecario de Colombia, obtuvo de derecho la posibilidad jurídica de hacer efectivo el crédito materia de la cesión, con el ejercicio de las acciones precautelativas y coercitivas que autoriza la ley. De suerte que el efecto dañoso que éstas pudieron producir, y que concretamente lo produjeron, dada su carencia de causa, tuvo como fuente directa y eficaz, el acto culposo verificado por el Banco, porque sin la cesión hecha por éste a Castillo Mariño, las acciones por él propuestas contra Eduardo López por el pago de la totalidad del pagaré —como las demandó— y las accesorias consiguientes, hubieran sido legalmente inadmisibles”.

El recurrente ataca las conclusiones expuestas, con una serie de objeciones en que se sostiene que López Pumarejo no fue lesionado por un acto culpable del Banco, y que el fallador incurrió en error de derecho en la apreciación de las pruebas a que esas objeciones se refieren, las cuales se van a examinar:

A) El certificado de la Superintendencia. — El Tribunal no apreció mal esta prueba, como lo sostiene el recurrente, ya que del certificado resulta sin lugar a duda que fue Torres Umaña quien canceló el documento, pues dice el Superintendente Bancario: “De los libros y comprobantes se desprende que el pago lo hizo el señor Calixto Torres Umaña.” Y esto, de que habla un documento público, está corroborado por lo que expresó el citado Torres Umaña en su demanda ordinaria, como se anotó atrás, en la cual dice y repite: Yo pagué al Banco.

El recurrente hace esfuerzos por tratar de establecer que no fue Torres Umaña quien descargó el documento, porque esto se hizo con dineros de Castillo Mariño; pero ante aquella prueba, toda argumentación sobra; y nada interesa saber

de dónde se sacó el dinero con que el crédito se solucionó.

El Tribunal afirmó que Torres Umaña fue quien pagó al Banco, lo cual está de acuerdo con lo que expresó la Superintendencia; luego no apreció mal el certificado de esta entidad, ni violó, por tanto, ningún texto legal.

B) En una declaración dice Castillo Mariño que él suministró el dinero para cancelar el crédito, y que por eso se le hizo endoso de éste, por un acuerdo entre Torres Umaña, el Banco y el declarante.

No puede servir esto como un cargo contra la sentencia, ya porque la procedencia del dinero para cancelar el crédito ningún interés tiene para el caso, ya porque si el codeudor era Torres Umaña y fue éste quien canceló el crédito, sólo él podía subrogarse en la cuota correspondiente como se estudiará en otra parte.

C) La declaración rendida por Torres Umaña en el mismo sentido que la anterior. Y por las razones ya expuestas, esto no puede constituir cargo contra la sentencia.

CH) Una carta de Torres Umaña al Banco en que le dice: "...tengo el recuerdo de que habiéndome urgido a mí personalmente el Banco para que cancelara esa obligación, **la cancelé** con dinero que me prestó, **no recuerdo si en totalidad o en parte**, mi cuñado Félix Castillo Mariño, por lo que se hizo la cesión a dicho señor de la obligación". (La Sala subraya).

Esto nada expresa distinto a lo ya expuesto. Sólo que Torres Umaña dice nuevamente que fue él quien canceló el documento, y que no recuerda si el dinero para la cancelación se lo prestó su cuñado, todo o una parte.

No puede haber aquí, pues, un cargo contra la sentencia.

D) Se pretende establecer acusación contra la sentencia con la cita de una nueva declaración de Torres Umaña, y con otras de Juan B. Castaño y Roberto Franco, pero en ellas se trata de cuestiones que no tienen relación con los puntos concretos que se estudian, y no está en las funciones de la Corte hacer examen de testimonios sobre los cuales ni siquiera se fundó argumentación en las instancias del juicio.

E) Se trae el recuerdo de una diligencia de posiciones absueltas por un Gerente del Banco, en la cual se lee lo siguiente: 'El Banco apremió a los codeudores del instrumento para que pagaran, mediante correspondencia cuya copia existe en los archivos del Banco, Como López Pumarejo no

atendiera a los cobros que repetidamente le hacía el Banco, el doctor Torres Umaña resolvió buscar la manera de satisfacer esta deuda y procedió de la manera siguiente: el doctor Castillo Mariño le ofreció prestarle la suma total de la acreencia del Banco, habiéndole entregado primero dos mil quinientos pesos, quedando comprometido Castillo con Torres de entregarle posteriormente el resto de la acreencia. Mientras tanto, el Banco le facilitó a Torres Umaña suscribir un pagaré con el señor José Antonio Umaña Quijano, el cual fue pagado al Banco poco tiempo después. Este último pagaré fue suscrito el primero de marzo de mil novecientos veintiocho y con este valor y la suma anteriormente consignada, se canceló la obligación a favor del Banco y a cargo de Torres Umaña y López Pumarejo".

Lo más que esto prueba es que fue Torres Umaña quien canceló la deuda. Pero esto no constituye cargo contra la sentencia.

F) Se llama la atención sobre una diligencia de inspección ocular practicada en los libros del Banco "que confirma los datos que suministra la certificación de la Superintendencia". Ya se vio que de esta certificación aparece que fue Torres Umaña quien pagó la deuda, afirmación que se hace en la sentencia. Entonces, ¿qué cargo resulta contra esta sentencia? Ninguno.

G) Se llama confesión a lo expuesto en otro juicio, no en el actual, por el apoderado de López Pumarejo, en el sentido de que el crédito se canceló con dineros de Castillo Mariño "y con ánimo de subrogar a éste en la condición del acreedor o beneficiario del instrumento". Mas ya se dijo que la procedencia del dinero nada significa en el presente caso, fuera de que se invoca, sobre subrogación, un simple concepto jurídico en relación con tema que se estudiará en otro lugar.

H) Se traen en argumentación, a manera de cargos contra la sentencia, los fallos dictados por el Juzgado y por el Tribunal de Bogotá en los cuales se condenó a López Pumarejo a pagar a Torres Umaña \$ 5.000, mitad del crédito, y también la sentencia de la Corte, por la cual no se casó la del Tribunal. Y se pregunta: ¿qué objeción contra la sentencia que se examina resulta de esos fallos? Ninguna. No los desconoció el Tribunal, no obró en desacuerdo con ellos. Y se debe recordar que López Pumarejo fue condenado al pago de la mitad del crédito, mientras que contra él se pidió ejecución por la totalidad de ese crédito.

Y hecha esta enunciación de hechos, concluye

el recurrente diciendo que el estudio de ellos lleva a la conclusión de que el Banco "no es el autor del acto perjudicial de que sin razón se queja el señor López Pumarejo", por estas tres razones que expone: 1ª Porque está plenamente demostrado que el único que derivó provecho con la operación hecha con el Banco, fue López Pumarejo, y la justicia hacía a éste responsable "por lo menos, de la totalidad de la deuda". A lo cual se puede contestar que esto no constituye un cargo contra la sentencia, y es cuestión ajena al punto en discusión. 2ª Porque López Pumarejo se desentendió por completo de la deuda contraída con el Banco. A lo que se expresa que la afirmación en nada afecta las conclusiones del Tribunal. 3ª Se refiere a la manera como se obtuvieron los dineros con que se hizo el pago al Banco, lo cual, como ya se expresó, nada tiene que ver en el presente caso. Se refiere también a la tesis que viene sosteniendo el recurrente de que el pago del crédito, hecho con dineros de Castillo Mariño fue realizado propiamente por éste, tesis cuya ineficacia ya fue examinada. Y se refiere por último al concepto del recurrente de que el demandado pudo haber cometido un error "que obedeció a una noble actitud del Banco"; a lo cual se puede expresar que el error no libra de responsabilidad al Banco, según los principios enunciados atrás.

Y termina el recurrente este cargo de la manera siguiente: Como el pago se hizo con dineros de Castillo Mariño, la cesión hecha por el Banco a éste no carece de causa y está ceñida al artículo 1669 del C. C. A lo cual objeta la Sala: Castillo Mariño no canceló el documento. Lo canceló Torres Umaña. Cancelado, el Banco perdió todo interés en el pagaré, y sólo Torres Umaña quedaba con un derecho sobre ese pagaré, derecho por la mitad de su valor que se le reconoció precisamente en el juicio ordinario, en el cual se declaró que López Pumarejo debía pagar a aquél la cantidad de \$ 5.000. A este respecto se lee en el alegato del recurrente ante el Tribunal: "Ahora pregunto: ¿cuál es el hecho ilícito que el demandante le imputa al Banco Hipotecario de Colombia? El de haber cedido el 1º de marzo de 1928, al señor Félix Castillo Mariño, un pagaré de valor de diez mil pesos en oro acuñado, que en la fecha de la cesión estaba cancelado, o pertenecía al doctor Calixto Torres Umaña". Recuérdese que atrás se dejó visto esto que expresó Torres Umaña al demandar a López Pumarejo: "Como la obligación que contrajimos el demandado y yo

con el Banco fue mancomunada y solidaria, con el pago que hice al Banco acreedor de la totalidad de la obligación **me subrogué, por ministerio de la ley**, en la mitad de su valor, con acción contra el codeudor señor López Pumarejo". Y precisamente por esto alcanzó éxito en la acción.

Si pues la cesión no se hizo a Torres Umaña sino a Castillo Mariño, el Banco obró mal e incurrió en culpa por descuido, imprevisión, inadvertencia, falta de estudio o cualquiera otra circunstancia, en todo caso exenta de mala fe. En síntesis: la subrogación que se alega a favor de Castillo Mariño, y que por cierto éste no reclama, ni ha ejercitado en juicio, no cabe ni dentro del artículo 1668, inciso 6º, ni dentro del artículo 1669, porque el Banco no recibió el pago de un tercero sino del mismo deudor solidario Torres Umaña. Y si se alega, como se ha alegado, que por convenio verbal entre éste, el Banco y Castillo Mariño, el documento le fue cedido al último, hay que expresar que el Banco no ha debido prestarse a ese convenio, y que también en este caso obró mal.

Ya la Corte, en un caso semejante, había sostenido las tesis aquí expuestas (G. J. número 2022 a 2024, págs. 408 y 409).

Ningún texto legal violó, pues, el Tribunal en sus conclusiones sobre culpa.

El cargo no puede prosperar.

II. **El daño.**—Sobre el daño dice el Tribunal: "El daño que sirve de base a la indemnización demandada lo hace consistir el actor en 'las medidas vejatorias de orden judicial libradas y consumadas' en su contra en virtud de la acción ejecutiva que le promovió Castillo Mariño en uno de los Juzgados de este Circuito, con base en el pagaré número 1859 indebida o simuladamente endosado a su favor por el Banco Hipotecario de Colombia, en la lesión que sufrió su crédito a consecuencia de los embargos decretados en ese juicio, que lo colocaron en situación desventajosa en el mundo de los negocios y en imposibilidad de efectuar valiosos negocios que le habrían producido pingües rendimientos, y en los desembolsos y gastos de diversa índole que se vio obligado a satisfacer en defensa de la misma acción judicial (hechos 14, 19, 20 y 21)".

Y continúa el Tribunal: Consta de autos: Que con base en el pagaré que le fue endosado por el Banco, Castillo Mariño promovió juicio ejecutivo contra López Pumarejo por \$ 10.000; que la orden de pago fue librada; que dentro del ejecutivo se decretó embargo, primero de las dietas de López Pumarejo como Senador, luego de los derechos y

acciones que correspondían a éste en la sucesión de su padre, y más tarde de las sumas de dinero que López Pumarejo tuviera en el Banco Francés e Italiano, y de 165 acciones de la compañía urbanizadora La Urbana; que la acción ejecutiva fue iniciada el diez y siete de agosto de mil novecientos veintiocho y sólo cesó el veintiuno de enero de mil novecientos treinta y ocho; que Torres, con base en el mismo pagaré, entabló demanda ordinaria contra López Pumarejo; y que éste fue condenado al pago de la mitad del crédito según sentencias de primero y segundo grado, sin que ésta hubiera sido casada.

Y después de hacer esta enunciación de ocurrencias, que en concepto del Tribunal son generadoras del daño, dice la sentencia:

"Es indudable, considerada la cuestión desde un punto de vista abstracto, que quien es demandado por virtud del ejercicio de las acciones judiciales que consagra la ley, queda sujeto personalmente y en su patrimonio a sufrir las molestias y gravámenes inherentes a esa calidad y a las medidas de prevención o coercitivas instituidas en la ley para regular o hacer efectivos en cada caso los derechos u obligaciones que se reclaman por medio de las autoridades judiciales. Tales molestias o gravámenes, están representados en cierta clase de juicios, principalmente en aquellos en que se ejercitan acciones ejecutivas u otras análogas, en la privación por tiempo indeterminado del ejercicio y goce legítimos de los derechos de administración, uso o disposición de los bienes del demandado; y generalmente en los gastos que deben sufragarse en la defensa, y en la mortificación, intranquilidad y sufrimiento durante los trámites del juicio, todo lo cual se traduce en un perjuicio que tiene la condición de ser cierto. Pero ese efecto dañoso ocasionado de modo abstracto y general en todo pleito o litigio, no podrá concretarse en cada caso especial ni podrá dar base para que sea indemnizado, sino en cuanto aparezca que el pleito se propuso, o tuvo como causa un hecho doloso o culposo, que es lo que la ley tiende a reprimir, porque representa el uso anormal, mal intencionado o imprudente de las normas establecidas para regular los modos como deben ventilarse y resolverse las cuestiones de derecho que se suscitan entre particulares. Así pues, en un caso como el presente, en que el derecho a indemnización es efecto dañoso de las actuaciones judiciales promovidas por el referido actor contra el demandante, no podrá hacerse la definición independiente de la existen-

cia de ese factor básico de la acción, sin la previa determinación de la culpa o dolo que inspiró o fue base del litigio, y de la circunstancia de que entre ésta y aquél existe el necesario vínculo de causalidad. En tal virtud se procede a la consideración de estos extremos".

Refiriéndose a estas argumentaciones y puntos de vista del Tribunal, dice el recurrente que el demandante no acreditó haber sufrido daño alguno por causa del Banco Hipotecario de Colombia, y que como el Tribunal da por acreditados los perjuicios que alega el actor, "incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas decisivas de la controversia". Y entra el recurrente a enunciar los casos de embargo, para exprsarse, a manera de cargos contra la sentencia, que ellos no pusieron a López Pumarejo en imposibilidad de efectuar valiosos negocios que le habrían producido pingües rendimientos, enunciación que el recurrente desarrolla en varios apartes, a saber:

a) Se dice que el mandamiento de pago le fue notificado a López Pumarejo el 6 de noviembre de 1928; y que en ese estado, sin que éste hubiera presentado bienes para el pago, quedó el juicio hasta el 31 de julio de 1936, fecha en que se denunció la quinta parte de las dietas de López Pumarejo; y que se incurrió entonces en error de hecho al apreciar estas pruebas, "error manifiesto que llevó al Tribunal a fijar entre las bases de la liquidación de los perjuicios todo el tiempo que duró la acción ejecutiva, como si el juicio no hubiese estado paralizado durante ocho años...".

El Tribunal fijó como una de las bases de liquidación el tiempo que duró la ejecución; pero ningún texto legal se viola con esto, ni esa frase le está diciendo a los peritos que deben avaluar día a día. El tiempo de duración del juicio se ha señalado como una razón de perjuicios, aunque no sea sino considerando que durante ese término López Pumarejo necesitó mantener sobre el juicio una vigilancia constante por sí o por medio de su apoderado, lo que se traduce en un perjuicio cierto.

No se encuentra aquí un cargo fundamental contra la sentencia del Tribunal.

B), C) y CH). Frente a estas letras se queja el recurrente de que los embargos sobre una parte del sueldo que el actual demandante devengaba en el Senado, sobre sus derechos herenciales en la sucesión de su padre, y sobre un dinero y unas acciones en la Urbanizadora La Urbana, no se hicieron efectivos por varias circunstancias; y

que no obstante esto, la sentencia ha fijado estos embargos como una de las bases de liquidación de los perjuicios, considerando tales embargos como efectivos, lo que quiere decir que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar esas pruebas.

La redacción de las bases de liquidación, en lo que se refiere a los embargos, no está suficientemente clara en la sentencia, y se puede entender por ella que el Tribunal afirma la efectividad de tales embargos, lo que no es así: los embargos no se hicieron efectivos.

Simplemente decretado un embargo, y aún comunicado, sin que por cualquier circunstancia el embargo no se haya realizado, ese hecho, aisladamente, no se puede tener como un daño, sino cuando está asociado a otro u otros hechos que den razón de un perjuicio al menos probable. Por ejemplo: tenía el actor López Pumarejo un negocio pendiente, negocio que se frustró por el decreto de embargo. Entonces sí el embargo sería causa de un perjuicio, como habría perjuicio evidente si los embargos se hubieran hecho efectivos, pues de esta suerte los bienes habrían sido colocados fuera del comercio.

Mas resulta que el actor citado en parte alguna probó que un negocio u operación se le hubiera frustrado, ni hay motivo alguno cierto que permita presumir que se le frustró por el decreto de embargo; por lo cual, con razón, sostiene el recurrente que no ha habido prueba del daño, y se queja de que el Tribunal, al señalar los embargos como una de las bases de liquidación de los perjuicios, incurrió en error.

Lo dicho quiere decir que tiene razón el recurrente, y que esta base de liquidación, fundada simplemente en unos embargos que no tuvieron eficacia, no puede subsistir, y el fallo del Tribunal debe casarse parcialmente con el fin de suprimir esa base.

D) Se habla en este aparte de un certificado de The National City Bank, en que se dice que la cuenta bancaria a favor de López Pumarejo montaba en diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro a la suma de \$ 379.250.70; y que como el Tribunal dejó de apreciar esta prueba, "incurrió en error de hecho evidente en los autos".

El Tribunal no tenía por qué considerar este asunto no controvertido en las instancias. Fuera de que se habla de una situación pecuniaria de López Pumarejo muy posterior a la fecha en que el juicio ejecutivo terminó. Nada, pues, dice este cargo en relación con la cuestión a estudio.

Y éstas son las razones del recurrente contra lo resuelto por el Tribunal en orden al daño, razones que no descartan unos perjuicios en el presente juicio.

Tampoco este cargo puede prosperar en su totalidad.

III. Relación de causalidad.—Sobre esto dice la sentencia:

"Castillo Mariño, en su calidad de cesionario del Banco Hipotecario de Colombia, obtuvo de derecho la posibilidad jurídica de hacer efectivo el crédito materia de la cesión, con el ejercicio de las acciones precautelativas y coercitivas que autoriza la ley. De suerte que el efecto dañoso que éstas pudieron producir, y que concretamente lo produjeron, dada su carencia de causa, tuvo como fuente directa y eficaz, el acto culposo verificado por el Banco, porque sin la cesión hecha por éste a Castillo Mariño, las acciones por él propuestas contra Eduardo López por el pago de la totalidad del pagaré —como las demandó— y las accesorias consiguientes, hubieran sido legalmente inadmisibles".

El recurrente estima que para estudiar las causas de los perjuicios habría que considerar unos hechos ocurridos antes de mil novecientos veintiseis, que dieron ocasión a debates en la Cámara, y originaron la publicación de un informe en cuaderno impreso, que figura en el expediente, y otros hechos narrados por varios testigos; y que "como el sentenciador no tuvo en cuenta esos elementos probatorios, incurrió en error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos".

A lo que se observa: La relación de causalidad hay que buscarla después de la fecha en que se entregó por el Banco a Castillo Mariño un documento, ya cancelado, esto es, del 1º de marzo de 1928 en adelante. Aquello que expresa el recurrente es extraño al asunto, y no tenía el Banco por qué tenerlo en cuenta. El Tribunal ha dicho que la cesión hecha a Castillo Mariño constituyó una culpa; hágase examen de ahí en adelante para ver si se encuentra la relación de causalidad, que es lo que se está estudiando.

Dice también el recurrente "que si el Banco no le endosa a Castillo Mariño el pagaré, también se habría producido la ejecución contra López Pumarejo, porque en ese caso la acción ejecutiva habría quedado radicada en cabeza de Torres Umaña, por subrogación legal".

Posiblemente sí, pero es una suposición, que no constituye un cargo contra la sentencia. Fuera de que Torres Umaña no habría podido pedir eje-

cución por todo el crédito, como lo hizo Castillo Mariño, sino por la mitad, como ocurrió en el juicio ordinario.

Por último, expresa el recurrente que el endoso más bien favorece al demandante porque la ejecución le dio motivo para dilatar por más tiempo el pago de lo que debía por concepto del documento.

Esta cuestión no debiera traerse a debate, pues en la sentencia acusada nada se habló de tal cosa, que ni podía ser controvertida en instancias, ni lo fue.

Sobre esto del elemento causalidad hay que tener presente que él no deja duda cuando se encuentra que el daño no se habría producido sin la presencia de la culpa, lo que quiere decir que el daño debe ser una lógica y natural consecuencia de esa culpa en función. Que el eslabón que debe unir la culpa y el daño sea de simple percepción, sin que se pueda oscurecer por la discriminación de los perjuicios directos e indirectos.

Sobre la causalidad, es célebre la pregunta de los franceses para establecerla, ante la cadena sin fin de perjuicios que algunos autores proclaman y que el recurrente quiso plantear con la exigencia de que se estudien hechos anteriores a mil novecientos veintiseis, pregunta que se enuncia así: Sin la culpa ya definida, ¿se hubiera o no producido el daño? Contestada afirmativamente, queda establecido el eslabón de causalidad. Aquí la culpa está constituida por el traspaso que del documento se hizo a Castillo Mariño, traspaso que éste aprovechó para ejecutar a López Pumarero. Sin ese traspaso, se habría podido adelantar esa ejecución y se habría realizado el daño? Nó. Con el traspaso el daño ocurrió, de manera que está a la vista de la inteligencia la relación entre la causa y el efecto.

Esta es la conclusión a que llegó el Tribunal, conclusión jurídica en que no pudieron violarse, y no se violaron, los mismos artículos invocados en los dos cargos anteriores.

IV. **Prescripción.**—Sobre prescripción de la acción dice la sentencia: "Como en el caso de este pleito, no se trata de la reparación del daño que pueda ejercitarse contra terceros responsables, sino que se trata de la responsabilidad directa, que es la del Banco; y como la base fundamental de la acción incoada no es la comisión de un hecho para el cual existe responsabilidad penal, ni ésta podría deducirse contra una persona jurídica, como es la demandada, en virtud de la personalidad de la pena que en nuestra legislación tiene como

base la imputabilidad psico física del agente, no hay lugar a declarar que es aplicable el artículo 2358 del C. Civil 1º, en cuanto señala en su inciso 2º tres años para la prescripción de la acción, sino que rige al respecto la norma general que es la consagrada por el artículo 2356 ibidem, o sea que el lapso para la prescripción es el de veinte años, el cual no aparece cumplido. No hay lugar, por consiguiente, a declarar la excepción de prescripción alegada".

Contra esto alega el recurrente que el actor ha presentado como delincuente a la institución demandada, imputándole que por mala voluntad enajenó una cosa como propia a sabiendas de que era ajena, lo que el Código Penal tiene como un delito y castiga en su artículo 409. Se refiere el recurrente, según lo expresa, a la solicitud que hizo el actor acerca de que se comuniqué a la Superintendencia Bancaria la sentencia que sea dictada en el juicio, "a efecto de que tome o adopte en relación con el Banco las medidas que al efecto prescribe la Ley 45 de 1923 en sus artículos 19 y siguientes, y especialmente en el numeral 5º del art. 48". Y dice además que el Tribunal, por no haber estimado aplicable el artículo 2358 del C. Civil, "incurrió en error de hecho en la apreciación de la demanda", en la cual se pidió lo transcrito arriba.

Y más adelante dice el actor, después de anotar que la cesión del crédito se hizo el primero de marzo de 1928 y que la demanda de perjuicios fue presentada el veintidos de febrero de 1944: "Al no tener en cuenta las dos fechas mencionadas, incurrió el Tribunal en errores de hecho y de derecho al apreciar la prueba de la cesión y la demanda".

No es claro el cargo, pues allá se refiere a mala apreciación de la demanda, y aquí al haber olvidado el Tribunal dos fechas; y dice el recurrente que por omisión violó el Tribunal el artículo 2358 del C. Civil.

En todo caso, no hubo tal violación. Dice este artículo que las acciones para la reparación del daño proveniente de un delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por ese delito o culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal (Subraya la Sala). Y que las acciones para la reparación del daño contra terceros responsables prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto.

El Tribunal decide que no se trata de una culpa de carácter penal, lo que es así. Además, las

personas jurídicas no pueden delinquir. La culpa aquí está atribuída al Banco, por acto de su Gerente. Este fue el instrumento de la culpa, pero como el Gerente representa al Banco, la culpa es de la institución y no del representante. Si no fuera así, se podría llegar a la total irresponsabilidad del Banco en todos los campos.

Además, lo que el actor ha pedido contra el Banco con solicitud de que se le comuniqué la sentencia al Superintendente, no es una sanción penal. No son sanciones de carácter penal las prescritas en la ley 45 de 1923, citada por el recurrente. El campo penal no ha sido invadido en ningún momento. Fuera de que el artículo 2358 se refiere a daños originados por delitos o culpas que castiga el Código Penal, como se deduce de esta frase del mismo artículo: "se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal". Esta materia, con las conclusiones expuestas, ha sido tratada por la Corte en varios fallos, que la sentencia cita para respaldar sus puntos de vista.

No prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha quince de julio de mil novecientos cuarente y seis, para el solo efecto de suprimir de las bases de liquidación de los perjuicios, la que se relaciona con los embargos, y que la sentencia enuncia así: "La clase de los bienes que fueron embargados para deducir de ella las posibilidades de ganancia o utilidad al no estar colocados fuera del comercio".

Queda en firme todo lo demás de la sentencia del Tribunal mencionada.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Liborio Escallón Conjuez.—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS CON UNA DENUNCIA PENAL INFUNDADA

Ni aún partiendo de la base imposible de que todos los ciudadanos sean penalistas consumados, podría exigirse al denunciante la calificación exacta del delito configurado por los hechos que denuncia, o la garantía de que ellos implican realmente un ilícito. Hechos que en un principio tienen todas las apariencias de delictuosos, resultan después, mediante la investigación, desprovistos en absoluto de esa calidad, del mismo modo que la responsabilidad del agente, que se presenta a veces con caracteres que parecen indiscutibles, desaparece plenamente al conocerse las circunstancias en que obró. Por eso ha dicho la jurisprudencia que lo único que la ley exige al denunciante es no faltar a la verdad en su información y dar todos los datos de que tenga conocimiento y que puedan servir a la justicia para comprobar el hecho y descubrir a los responsables.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo trece de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Demandó el señor Hernán Vélez Lalinde, en octubre de 1942 y ante el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, a la señora Luisa Sánchez de Pérez, para que se la declarara responsable civilmente y se la condenara a pagarle los perjuicios de toda índole que le ocasionó con su culpa o abusando de sus derechos o violando sus deberes, perjuicios tanto morales como materiales que se fijarian en el juicio o en alguno de los términos de que trata el artículo 480 del Código Judicial.

Dio origen a esta acción el denuncia que dicha señora, sobrina del actor, formuló, el 14 de febrero de aquel año, ante la sección de detectivismo de la Policía Departamental de Antioquia, por haber desaparecido de su residencia, hallán-

dose ausente, un bastón-estoque, que tenía para ella gran significación, como que se lo había obsequiado en 1915 su bisabuelo, doctor Juan Lalinde.

Antes de presentar el denuncia, en el cual reprodujo la información de una empleada suya de que tal objeto “se lo había llevado” el actual demandante, doña Luisa cablegrafió a éste, a Bogotá, con fecha 18 de enero, rogándole “remitir intacto vía aérea bastón marfil de mi propiedad si no recíbolo antes miércoles informaré policía extrañadísima proceder”.

La investigación, adelantada activamente por el funcionario instructor, ocasionó requisas en la residencia del sindicado, indagatoria de éste, avalúo pericial de la prenda, rigiéndose los expertos por los datos del sumario, pues no la tuvieron presente; auto de detención del señor Vélez, sin derecho a fianza, orden de captura, recepción de testimonios, etc., a culminar el sumario con sentencia del Juez competente, quien ordenó, con aplicación del artículo 153 del C. de P. P. y considerando “que no se ha cometido el delito de hurto en contra de los intereses de la señora Luisa Sánchez de Pérez”, cesar todo procedimiento contra el señor Hernán Vélez Lalinde, sentencia que fue confirmada por el Tribunal respectivo.

Sentencia de primer grado. Con oposición de la demandada, siguióse el juicio, cuya primera instancia terminó con la sentencia de 24 de noviembre de 1944, en que se condena a la demandada a pagar al demandante las sumas de seiscientos cuarenta y ocho pesos con ochenta y cinco centavos, y dos mil pesos, por concepto de daños materiales y morales subjetivos, respectivamente, y lo que por daños morales objetivados se fijó de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

Sentencia recurrida. Apelada por la demandada el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior de Medellín lo revocó y absolvió a la demandada totalmente, en sentencia de tres de julio de mil novecientos cuarenta y siete, la cual va a revisar la Corte a virtud del recurso de casación concedido al actor, que fue admitido y que ha sido legalmente sustanciado.

El recurrente acusa la sentencia por violación de ley sustantiva, en su triple aspecto de infracción directa, interpretación errónea y aplicación indebida, y formula al respecto cinco cargos, que la Sala pasa a examinar:

Primer cargo. Dice el Tribunal: "Quien quiera que pretenda dar cumplimiento al deber sagrado que le impone el art. 12 del C. de P. P., debe estar eximido de entrar en investigaciones profundas sobre la juridicidad o antijuridicidad del acto que revela, pues esta tarea ha sido confiada a funcionarios especializados, en quienes el denunciante está autorizado para depositar plena confianza, en el sentido de que no darán curso al denuncia sino en los casos en que ello se justifique. De otra manera nadie se atrevería a cumplir el aludido precepto legal, pudiendo ampararse impunemente con su silencio, con lo cual se privaría a la sociedad del concurso de los ciudadanos, supeditando los fines superiores de la colectividad al afán imposible de eliminar todos los riesgos que puede presentar para el individuo el ejercicio de la jurisdicción represiva.

.....
"La señora Luisa Sánchez de Pérez tenía perfecto derecho de noticiar a las autoridades el suceso que motivó la investigación. Sin duda, su parentesco, con el posible sindicado la exima del deber que hubiera debido cumplir a ese respecto como simple miembro de la comunidad política; pero no la inhibía para ejecutar un acto no prohibido por las leyes, y, erigido, además, en deber primordial de los asociados.

.....
"El legislador prohibió la recepción de testimonios de los consortes, ascendientes, descendientes o hermanos del acusado; pero no de los demás parientes (Art. 226 del C. de P. P.), sin duda porque consideró que no existía ningún obstáculo moral para que éstos declararan, haciendo prevalecer en este caso los intereses de la justicia sobre los sentimientos familiares".

Sobre los conceptos transcritos descansa —según el recurrente— "toda la arquitectura jurídica" del fallo, y en ellos encuentra: violación directa de los artículos 13 del C. de P. P. y 25 de la Constitución, "por haberlos dejado de aplicar al sentar la base de que la señora Luisa Sánchez de Pérez podía ejercitar, en términos generales el derecho que se consagra para todo ciudadano, y aún el deber de denunciar los hechos ilícitos de que tenga conocimiento. Si en concepto del Tribunal el señor HERNAN VELEZ LALINDE co-

metió una infracción de aquellas cuya investigación deba iniciarse de oficio, debió tener en cuenta el vínculo de consanguinidad que une las personas de la denunciante y denunciado, y, en consecuencia, ubicar ese caso, dentro de los preceptos de los artículos 25 de la Constitución Nacional y 13 del Código de Procedimiento Penal"; violación del artículo 226 de este último Código "por aplicación indebida", porque esta disposición "se refiere al testimonio de una persona llamada a declarar en un proceso determinado, y no a la denuncia criminal con que se inicia este proceso", y porque dicha norma "cobija al cónyuge, a los ascendientes, descendientes, o a los hermanos; y se ha dejado establecido que entre don HERNAN VELEZ y la señora LUISA SANCHEZ DE PEREZ existía el vínculo de tío carnal con respecto de la denunciante"; infracción de los artículos 12 del C. de P. P. y 397 del C. P., éste por interpretación errónea y aquél por esta misma causa y por aplicación indebida, "al considerar el Tribunal que la señora Sánchez de Pérez ejercitaba un derecho cuando formuló denuncia penal... Y como al hacer esa consideración debió partir de la base de que don Hernán Vélez Lalinde había incurrido en una infracción penal, en el delito de hurto, violó por errónea interpretación el art. 397 del C. P. y violó asimismo, con violación directa, por no haberlo aplicado o tenido en cuenta el artículo 9º del Código Civil" y el 56 del C. de R. P. y M., pues dicha señora "no podía escudarse en la ignorancia de las leyes para luego tratar de disculpar su conducta al formular un denuncia sin fundamento legal. Ella no podía decir: no sé qué elementos configuran el delito, y menos el delito de hurto; ni podía alegar, para disculparse que no conoce las condiciones o elementos que estructuran el dominio, para sostener como lo ha sostenido que el bastón-estoque era de su propiedad".

Se considera:

En el primer aparte transcrito de la sentencia recurrida nada encuentra la Sala que no esté ceñido a la interpretación legal más exigente. Ni aún partiendo de la base imposible de que todos los ciudadanos sean penalistas consumados, podría exigirse al denunciante la calificación exacta del delito configurado por los hechos que denuncia, o la garantía de que ellos implican realmente un ilícito. Hechos que en un principio tienen todas las apariencias de delictuosos, resultan después,

mediante la investigación, desprovistos en absoluto de esa calidad, del mismo modo que la responsabilidad del agente, que se presenta a veces con caracteres que parecen indiscutibles, desaparece plenamente al conocerse las circunstancias en que obró. Por eso ha dicho la jurisprudencia que lo único que la ley exige al denunciante es no faltar a la verdad en su información y dar todos los datos de que tenga conocimiento y que puedan servir a la justicia para comprobar el hecho y descubrir a los responsables.

Reconoce el Tribunal que el parentesco eximía a la señora Sánchez de Pérez de la **obligación** que impone el artículo 12 del C. de P. P., con lo cual dejó a salvo la excepción que consagra el artículo 13 ibidem. Pero anda descaminado el recurrente cuando considera que esta última norma es prohibitiva para los parientes a que se refiere, único modo de estimarla violada por haber dicho el sentenciador que la señora de Pérez tenía el derecho de noticiar a la autoridad el suceso que motivó la investigación. Una cosa es que el legislador, en atención a los vínculos de familia, limite la regla general del artículo 12, y otra, muy distinta, que deje a las personas a merced de sus parientes inescrupulosos, impidiéndoles que los denuncien por hechos que revisten todas las apariencias de delictuosos, aunque las afecten en forma directa. Establecer esta prohibición acusaría falta de lógica, pues si el sindicato viola la consideración familiar no puede escurrirse en ella para quedar impune, y éste sería en muchos casos el resultado de prohibir a los parientes provocar la investigación de hechos que atentan contra sus propios derechos.

La cita que del artículo 226 del C. de P. P. hace el Tribunal no tiene más objeto que reforzar su tesis de que el denuncia es permitido a los parientes, pues aunque el artículo 13 se refiera a denuncios y el 226 (hoy declarado inexecutable por la Corte, como contrario al 25 de la Constitución) a testimonios, es lo cierto que el principio que informa ambos preceptos es uno mismo, y que el denunciante no es otra cosa que un testigo. Por eso declara bajo juramento.

El Tribunal reconoce que "está fuera de discusión que el distinguido caballero Hernán Vélez Lalinde, hijo de don Fernando Vélez, no cometió ningún delito.....", de suerte que no partió, como supone el recurrente, de una base contraria, de la cual deduce la violación de los artículos 397 del C. P., 9º del C. C. 56 del C. de R. P. y M., violaciones que quedan por tanto des-

provistas de fundamento. Pero no sobra agregar que la presunción de derecho establecida en el artículo 9º, sustituido por el 56 citado, que se explica por el interés social de que la vigencia de las leyes no quede al arbitrio de la ignorancia o del capricho de quienes están obligados a cumplirlas, no está en juego en este proceso, en el cual nadie ha pretendido prevalerse del desconocimiento de alguna norma legal para dejar de obedecerla. Lo que ocurre es que, para el recurrente, el denunciante de un hurto ha de saber precisamente cuáles son los elementos constitutivos de este delito, y si los hechos que revela lo informan o no técnicamente, con lo cual haría decir al artículo 12 del C. de P. P. lo que no dice, lo que él ni ninguna otra disposición legal exigen al denunciante, es decir, que descubre en la demanda, apoyada por el sentenciador, la negación de una ley que no existe, que el recurrente parece haber forjado para hacer la imputación. No de otro modo se explica el argumento derivado de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Por encima de todas estas consideraciones está una que por sí sola habría sido suficiente para rechazar no sólo este cargo sino también los tres que le siguen. En efecto, de las disposiciones legales sustantivas que en ellos señala como infringidas el recurrente, ninguna dice relación a la responsabilidad civil por la culpa, que se imputa a la demandada, que es la cuestión que negativamente decide la sentencia recurrida, al revocar el fallo de primer grado y absolver a aquella de esa imputación.

De suerte que, aún admitiendo que se hubieran realizado las violaciones de que se queja el recurrente, ellas no incidirían en lo resuelto por el juzgador.

A pesar de ésto, la Sala para abundar en razones, se ha detenido, en éste y en los cargos segundo, tercero y cuarto, a estudiar los razonamientos del recurrente aún por esos aspectos de infracciones inconducentes de la Ley.

No sucede lo mismo en el cargo quinto, en el cual, como se verá a su tiempo, si se invocan quebrantos de ley sustantiva directamente conectados con la culpa civil y con la obligación de indemnizar que ella aparea.

No se han violado, pues, las disposiciones que invoca el recurrente, y, por tanto, se rechaza el cargo.

Segundo cargo. El recurrente deduce la violación de varios textos legales (artículos 397 C. P.,

669, 762, 775, 974 y 1757 del C. C. y 593 y 697 del C. J.) de los siguientes conceptos del Tribunal: "Pero en ningún momento se ha puesto en duda la afirmación hecha por la denunciante en cuanto a la preexistencia en su poder y consiguiente desaparición de la prenda, ni siquiera en cuanto a la simple sugerencia de que el demandante la tenía en sus manos o bajo su control. De suerte que, respecto a la exactitud y veracidad de los hechos relatados no puede formularse a la demandada ningún reparo...". "¿Tenía la señora Sánchez algún fundamento racional para suponer que se trataba de la ejecución de un delito? La simple desaparición de un objeto de algún valor da base para hacer conjeturas sobre la posible intervención de una actividad criminosa. Los testimonios aducidos en el juicio y que la denunciante tuvo en cuenta, justificaban la sospecha exteriorizada en el denuncia respecto del autor del acto...". "De los elementos que configuran el delito, el de sustracción podía ser apreciado fácilmente por la denunciante, pues todo indicaba que aquélla había tenido lugar en su propia casa de La Cabañita, al decir de varios testigos. Los otros dos elementos, el de la falta de un título de dominio en la persona que llevó a cabo la sustracción, y el ánimo de aprovechamiento, son factores cuya significación y alcance no podían ser precisados sino en el desarrollo posterior de la investigación...". "La señora Sánchez ha afirmado en forma terminante y categórica que adquirió el objeto del presunto delito de hurto por donación que le hizo su bisabuelo don Juan Lalinde y, por otra parte, demostró el hecho de su posesión material en la época en que constató la pérdida. No se puede dar por establecido que incurrió en error al desconocer la propiedad del sindicado, mientras no se acredite de modo irrefragable que éste era el verdadero propietario y, aún así, podría suponerse la buena fe de la poseedora tratándose de una cuestión de dominio no definida aún por medio de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada".

Para la Sala, en todos estos conceptos del Tribunal, en todas su deducciones campean la precisión y la lógica. Está él analizando, dentro de las exigencias legales, las condiciones del denuncia, las circunstancias en que se produjo, la actitud de la denunciante, la preexistencia del objeto sustraído etc., todo en orden a establecer si puede o no imputársele a aquélla descuido o negligencia, imprudencia o ligereza, desviación abusiva, algo que se traduzca en culpa. Y todo esto sin desco-

nocer lo que fallado está en el juicio penal, sin pretender definir el dominio del bastón, que no interesa, sin negar que, en tesis general, hay casos en que el denuncia, por su temeridad, por la falsedad de sus hechos, por la patente inexistencia del ilícito, por su dañada intención, sólo revela ánimo de perjudicar o de satisfacer escondidos rencores, que lo convierten —ertonces sí— en un acto culpable, fuente de responsabilidad civil para su autor.

Y, sin embargo, el recurrente, contradiciendo esas conclusiones del sentenciador, sostiene que la señora Sánchez de Pérez, al formular la denuncia, partió de la base afirmativa de su dominio exclusivo del bastón, afirmación que debía demostrar; que el Tribunal pretende generar el hurto de la sola preexistencia del objeto sustraído; que desde que se denuncia, bajo la gravedad del juramento, un hecho punible, el denunciante debe estar cierto de que ese hecho se ha cometido; que el Tribunal, al sentar la tesis de que basta la preexistencia del objeto, implícitamente afirma que no se requiere el dominio; que no debió él reconocer que la denunciante había probado su posesión de la prenda, y que si lo hizo basado en algunas declaraciones que obran en el expediente, erró en la apreciación de ellas. De todo lo cual deduce la violación de los textos legales que definen el hurto, el dominio, la posesión y la tenencia, y los artículos 974 y 1757, inciso 2º, del C. C. y 593 y 697 del Judicial.

Se considera:

No está de acuerdo la Sala con las alegaciones del recurrente, quien, al hacerlas, no interpreta fielmente el pensamiento del sentenciador o atribuye a éste modalidades que no responden a la verdadera expresión de sus conceptos.

El Tribunal ha hablado de la preexistencia del bastón en poder de la señora Sánchez de Pérez y de la sugerencia de ésta de que el demandante, después de la desaparición de tal prenda, la tenía en sus manos o bajo su control, solamente para relieves la exactitud de esos hechos, que aparecen manifestos en el proceso, pero en manera alguna ha pretendido desconocer que la prueba del dominio de un tercero sea indispensable para que resulte probada la noción de ajeno, que dice relación al sindicado y que es elemento necesario del delito de hurto. Anota aquél que la sustracción podía ser fácilmente apreciada por la denunciante, al paso que el dominio y el áni-

mo de aprovechamiento son factores que, para comprobarse, requieren o pueden requerir el auxilio de la investigación, lo cual está demostrando que el Tribunal no deriva el hurto de la sola pre-existencia, como lo afirma el recurrente. Y en cuanto al dominio, la afirmación de la demandada de pertenecerle el objeto sustraído, del cual tenía la posesión material, no empaña siquiera su buena fe, ni aún en el supuesto de que sólo hubiera tenido la simple tenencia, pues ésta habría bastado para justificar el denuncia, ya que por vías de hecho a nadie se le puede privar de aquello de que es tenedor. Por lo demás, ya se ha dicho que la responsabilidad civil del denunciante no es resultado ineludible de no haberse probado el delito o de que, en definitiva, aparezca que el hecho denunciado no tiene la calidad de tal, si circunstancias fundadas y verdaderas justifican en principio la apreciación de que se trata de un hecho ilícito.

Sugiere el recurrente que el sentenciador, al hablar de la posesión de la demandada, lo hizo basado en algunas declaraciones que obran en el expediente, y que erró en la apreciación de ellas, violando así determinadas normas legales pero este aspecto del cargo no puede atenderse. La infracción sería entonces consecuencia de error de hecho manifiesto o de error de derecho en la estimación de esa prueba, y el recurrente ni ha indicado cuáles de esos testimonios han sido mal apreciados, ni ha precisado en qué consisten los errores, ni la calidad de éstos.

Tercer cargo. En éste, como en el anterior, el recurrente imputa al Tribunal una afirmación que éste no ha emitido: que dá por cierto que el bastón le fue donado a la demandada por su bisabuelo, con lo cual viola varios textos civiles sobre la donación.

El cargo es injusto, pues lo que ha dicho el Tribunal es que "la señora Sánchez ha afirmado en forma terminante y categórica que adquirió el objeto del presunto delito de hurto por donación que le hizo su bisabuelo don Juan Lalinde, y, por otra parte, demostró el hecho de su posesión material en la época en que se constató la pérdida. No se puede dar por establecido que incurrió en error al desconocer la propiedad del sindicado, mientras no se acredite de modo irrefragable que éste era el verdadero propietario y, aún así, podría suponerse la buena fe de la poseedora tratándose de una cuestión de dominio no definida aún por medio de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada".

Y más adelante: "Parece, por tanto, inexplicable que, en la sentencia de la instancia y en las alegaciones del distinguido apoderado de la parte actora, se hable de **arrogación** de un derecho por parte de la demandada, partiendo de la base de que ésta no era dueña del bastón, cuando es indudable que para formular un denuncia no se necesita demostrar la propiedad, ni invocar el título de propietario. Basta tener conocimiento del hecho y la convicción razonable de su posible fisonomía delictuosa...". "Empero, en este proceso no sería necesario decidir tampoco sobre la propiedad del bastón en referencia, porque para juzgar de la rectitud del procedimiento de la demandada, basta considerar que obró de buena fe, en la creencia razonable de que le pertenecía o de que, al menos, no era de propiedad del señor Vélez".

Estas transcripciones, en las cuales no encuentra la Sala nada que pueda tacharse de injurídico, son suficientes para desvirtuar la imputación referida con lo cual quedan sin base las violaciones de que se acusa la sentencia.

El recurrente agrega que doña Luisa "no pudo obrar de buena fe..., porque incurrió al pretenderse dueña del bastón, en error de derecho, que implica una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario; luego, viola la sentencia, el inciso 1º del artículo 768 del C. C., aplicado por el Tribunal, por indebida aplicación, y el último inciso del mismo artículo, porque dejó de aplicarlo, incurriendo con ello en su violación directa. Y si doña Luisa no incurrió en error de derecho lo hizo a sabiendas, es decir con dolo".

Este aspecto de la acusación ya quedó eliminado al analizar el **primer cargo**. Pero no estaría de más observar que si en el proceso penal, en que la autoridad debía investigar lo relacionado con el dominio del bastón, no pudo llegarse a una conclusión definitiva al respecto, pues allí se tejó una serie de suposiciones, no siempre fundadas ni lógicas —como lo anota el Tribunal en la sentencia recurrida— ningún reparo formal puede deducirse contra la buena fe de la denunciante al titularse dueña de aquel objeto y desconocer, consecuentemente, el dominio del sindicado, que no se ha establecido.

Por último, en ninguna parte de la sentencia ha aseverado el Tribunal, como lo sostiene el recurrente que a don Hernán Vélez le correspondía probar su propiedad de la prenda, supuesto falso, de que se pretende deducir la violación del artículo 1757 del C. C., en su inciso 1º, "que impone la carga de la prueba al actor, y en la de-

nuncia la denunciante es actora", concepto este último que tampoco es aceptable, porque en los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio es a la investigación, a la acción pública, al Estado, a quien le corresponde demostrar el delito y la responsabilidad de su autor, sin lo cual éste deberá ser absuelto.

Cuarto cargo.—Se formula en forma simple: "la sentencia del H. Tribunal de Medellín, desconoce la fuerza de verdad o de cosa juzgada de la decisión del H. Tribunal, Sala Penal, que puso término a las diligencias adelantadas con ocasión del denuncia formulado por doña Luisa Sánchez de Pérez contra don Hernán Vélez Lalinde, su tío carnal", y se la acusa por tanto, de infringir directamente los artículos 466, 473 y 474 del C. J., 28 y 437 y 153 del C. de P. P.

Pero observa la Sala que la premisa de este cargo es absolutamente inexacta. El Tribunal, como ya se ha anotado, reconoce que "está fuera de discusión que el distinguido caballero Hernán Vélez Lalinde, hijo de don Fernando Vélez, no cometió ningún delito, y, parece, por tanto, que la actuación del señor Jefe del Detectivismo hubiera adolecido de una lamentable falta de técnica, que originó serios perjuicios para el demandante. Pero los errores del funcionario de instrucción no se pueden imputar de ningún modo a la denunciante, como lo demostró el Abogado de la parte demandada en su alegato de conclusión."

¿En dónde encuentra el recurrente el desconocimiento de la cosa juzgada? Dice que en el proceso penal tanto el Juez como el Tribunal tuvieron que entrar al estudio de los componentes del delito de hurto: sustracción, cosa ajena y ánimo de lucro. Y es claro que el presupuesto de cosa ajena implica el estudio juicioso de la propiedad o pertenencia. De ese análisis concluyeron que la comisión del delito está muy lejos de aparecer en el proceso, conclusión que supone necesariamente esta otra: Que la denunciante no es, ni era propietaria del objeto que se decía sustraído de su patrimonio particular. Luego, según lo sentenciado, "no hubo la comisión de ese ilícito denunciado por la señora de Pérez, lo que quiere decir también que ni era la propietaria de la prenda ni hubo sustracción de **cosa ajena**, ni hubo ánimo de lucro".

Todo esto es indiscutible, pues efectivamente, en el juicio penal, el Tribunal declaró: "Dicen referirse estas diligencias a un delito de hurto, y es lo cierto que tal hecho no se comprobó: Ni el sindicado de autos ejerció una actividad sobre

una **cosa ajena** ni, mucho menos, procedió **animus lucrandi**".

¿Pero en la sentencia recurrida ha dicho acaso el sentenciador algo contrario? ¿Se sostiene en ella que el bastón es ajeno? ¿Se afirma allí por ventura, que el señor Vélez Lalinde lo sustrajera y que lo hiciera con ánimo de aprovecharse de él? Y si no es posible contestar afirmativamente estas preguntas, el cargo resulta improcedente en absoluto. Debíó el recurrente —y no lo hizo— indicar cuáles eran los conceptos del Tribunal contrarios a la cosa juzgada.

Quinto cargo.—"Sienta, pues el Tribunal, la tesis terminante de que no ha sido demostrada la culpa; es decir, que al denunciar doña Luisa a su tío carnal, señor don Hernán Vélez, no procedió con culpa y, que, en consecuencia, no es el caso de declararla resopnsable de los perjuicios sufridos por el señor Hernán Vélez Lalinde, con ocasión de aquella denuncia criminal. Con lo cual, el H. Tribunal Superior de Medellín incurre en violación de los arts. 63, 2341, 2343, inciso 1º, 768 en sus incisos 1º y último, del C. Civil y artículo 34 de la Ley 57 de 1887; también incide la sentencia en el quebrantamiento de los artículos 99 del C. Civil y 56 del C. P. y M."

Y el recurrente, a quien pertenece el párrafo transcrito, entra en seguida a referirse a todos los perjuicios morales y materiales que a partir del denuncia sufrió el señor Vélez, y reconociendo que del informativo sólo se desprende objetivamente la denuncia criminal y el poder conferido por la denunciante al doctor Humberto Carrasquilla para la constitución de parte civil (que no se ejercitó), agrega: "...es lo cierto que la forma como obraron quienes tuvieron a su cargo la investigación, no puede revelar otra cosa sino que existía una fuerza que impulsaba la actuación hacia el propósito definido, determinado de castigar o de inflingir un castigo a don Hernán Vélez; de conducirlo hasta la privación de su libertad. Francamente, en esa persecución se descubre una pasión, un ávido empeño de venganza. Esta conclusión, más que conjetura, se robustece con los términos del auto de detención proferido por el Jefe del Detectivismo de Medellín. "El negocio, pues que se ventila, hace referencia a personas de elevada posición social, que llevadas del cariño hacia un objeto materia de recuerdo familiar, se han arrimado hasta las puertas de la autoridad en tenaz demanda por su reconquista". Si sólo hubiera sido la denuncia o el denuncia, mal podría consignarse en el auto de detención

que la denunciante comprometíase y actuaba con tenacidad en la demanda o en lucha por reconquistar la prenda del pleito".

Pero —insistiendo en su tesis ya combatida— y "sea que la denunciante hubiera luchado tenazmente por lograr su propósito, o sólo se hubiera limitado a la presentación de su denuncia formal contra don Hernán Vélez Lalinde por el delito de hurto", vuelve con aquello de que "ella (la denunciante) no podía desconocer cuáles requisitos comportaba el delito de hurto, o el delito en general. Estaba obligada a saberlo, o por lo menos no podía ignorarlo conforme a los preceptos ya estudiados al analizar el primer cargo de esta demanda, de los artículos 9º del C. Civil y 56 del C. de R. P. y M.", para concluir, en vista de que la justicia penal declaró que don Hernán no había cometido ningún delito, "que la señora Luisa Sánchez de Pérez obró en la creencia de que tal hecho era un delito, u obró sabiendo que tal hecho no era delito. No hay medio. Si lo primero, es decir, si procedió creyendo que era delito, incurrió en error de derecho, porque tuvo la noción equivocada del hecho a la luz de las disposiciones legales que no podía ignorar. Si obró o procedió a sabiendas, o sabiendo que no era delito, quiere decir que obró con dañada intención, y en este caso, incurrió en un delito.

"Si lo primero incurrió en mala fe, obró de mala fe o con mala fe, puesto que el error de derecho entraña —como lo hemos dejado establecido— una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario (artículo 768, inciso final)".

Se ha detenido la Sala en estas transcripciones de los razonamientos del recurrente para que mejor resalte la inconsistencia del cargo, que va y viene, ondulante e impreciso, hasta hacerse casi inasible.

Suponiendo plenamente probados los perjuicios de todo orden sufridos por el señor Vélez, de ello no se deduce la responsabilidad civil de la demandada, si no lo están la culpa y la relación de causalidad. Ni a ella pueden imputarse los excesos, errores o apasionamientos del funcionario instructor, no habiéndose acreditado que ellos tuvieran por causa instigaciones o abusivas influencias de la señora Sánchez de Pérez. Y en cuanto a la mala fe, por error de derecho, que a ésta se imputa, argumentándose tercamente que debía conocer las características del hurto y responder de su existencia y probar que la cosa era ajena,

tesis es que ya quedó atrás rebatida y acerca de la cual son muy claros y muy precisos los expositores y la jurisprudencia, que sólo exigen al denunciante que sea verídico en su relato, que no abuse, mediante una excesiva, desviada o malévola intención, del deber que la ley le impone o del derecho que le otorga.

El Tribunal —hay que repetirlo— no niega que en ciertas circunstancias pueda el denuncia apañar responsabilidad a quien lo hace; tampoco que la ignorancia de la ley no valga para excusar su cumplimiento, ni que su desconocimiento implique un error de derecho, que hace presumir mala fe, y menos aún que, sin que pueda revocarse a duda, el señor Vélez no haya cometido delito alguno; pero no ha encontrado probada culpa en la denunciante, quien, rigiéndose por la preexistencia del objeto en su poder, por su desaparición cuando ella se hallaba ausente de su residencia, por los informes que se le dieron acerca de lo ocurrido, que resultaron verdaderos, por todas las apariencias, en fin, de que habíase realizado un hecho ilícito, lo denunció a la autoridad para que ésta, por los medios legales, investigara las cosas; ni ha podido el sentenciador deducir responsabilidad del hecho de que la investigación llegara a la conclusión de que no se había cometido ningún delito y de que el sindicado era, por tanto, inocente.

Son, pues, inadmisibles todos los cargos formulados por el recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrándola en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha tres (3) de julio de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y oportunamente devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Hernando Lizarralde, Secretario en propiedad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS CON UNA DENUNCIA CRIMINAL.—EL SOLO HECHO DE QUE SE HAYA DICTADO SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DEL DENUNCIADO, NO ES SUFICIENTE PARA ACREDITAR RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DENUNCIANTE POR DAÑOS OCASIONADOS AL FORMULAR LA DENUNCIA

Como lo dijo la Corte: "El sobreseimiento, aun cuando sea definitivo, no acredita la inocencia del sindicado, sino tan sólo la incapacidad de la investigación para demostrar la existencia del delito. De ahí que el sobreseimiento, aun cuando sea definitivo, absuelve de la instancia, pero no del delito. La justicia civil no puede abrir muy amplia puerta al crecido número de las supuestas o reales víctimas de los denunciantes, porque entonces éstos, antes de comprometer su patrimonio en aras de tan ingrato deber legal, por lo menos se abstendrían de denunciar los delitos". (G. J. número 1927, pág. 419).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, catorce de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Sabas Figueroa, en nombre de "Sabas y Enrique Figueroa G. Limitada", sociedad de Barranquilla, presentó un denuncia criminal contra su ex-contabilista Domingo Casalins, por varios hechos que consideró merecedores de sanción, entre ellos haber desprendido, valiéndose de una navaja, varias hojas de un libro borrador de comercio; y el Juez Superior de aquella ciudad dictó auto de sobreseimiento definitivo a favor de Casalins.

Este entonces, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria contra la sociedad mencionada, en que pide al Juez 4º Civil de Barranquilla que se declare que aquélla es responsable civilmente de los daños patrimoniales y morales que se le han causado, los cuales avalúa en \$ 3.000 los primeros y en \$ 2.000 los otros.

El Juzgado pronunció sentencia con fecha catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, absolviendo a la sociedad demandada, y apelada esa sentencia por el actor, fue confirmada

por la de dos de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

El actor interpuso el recurso de casación contra esa sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, el cual ha llegado a punto de decidir, y se entra a ello.

La sentencia del Tribunal, después de analizar el denuncia que se enderezó contra Casalins, encuentra razonable la absolución pronunciada por el Juzgado, en esta forma: El proceder del denunciante, señalado como fundamento de la acción que contra él se ha incoado, le acarrearía la consiguiente obligación de indemnizar perjuicios, si apareciera demostrado que al dar noticia ante las autoridades penales del hecho imputado al sindicado en la acción penal, hubiera procedido con temeridad o malicia, o por imprudencia o falta de cuidado, casos en los cuales habría responsabilidad por parte del denunciante. Empero, no sólo del hecho denunciado no aparece acreditada la malicia o imprudencia, sino que la ausencia de la una y de la otra se deduce de los autos, sobre todo, del texto literal del denuncia. En éste se afirma que Casalins ejecutó un hecho del cual se dio noticia a la autoridad, pidiéndose su investigación: "y el hecho imputado fue acreditado plenamente en el informativo correspondiente por medio de la propia confesión del sindicado contenida en su indagatoria, la cual confesión aparece corroborada por las otras piezas probatorias obrantes en el proceso penal traído en copia a estos autos".

Hasta aquí el razonamiento del Tribunal; y para afianzarlo, hace examen del denuncia suscrito por Figueroa, después de copiarlo en el fallo y de acompañarlo de este párrafo: "El señor Figueroa, al proceder penalmente, no tuvo en cuenta hacer un cargo directo como responsable de los hechos delictuosos cometidos al señor Casalins en esa denuncia".

En el examen del denuncia, dice el Tribunal, que el señor Figueroa obró "con incuestionable

buena fe", y que "es un deber que impone nuestra constitución y las leyes a todo ciudadano para que denuncie los delitos, y mal puede comprometer la responsabilidad de quien cumple con buena fe y sin temeridad y sin fines torcidos, aunque concluya la investigación con la declaración de la inexistencia del delito".

Dentro de esta tesis, el Tribunal entra a hacer examen del artículo 12 de la ley de Procedimiento Penal, y dice, citando doctrina de la Corte, que si por el hecho del denuncia, el denunciante quedara amenazado de responsabilidad civil, nadie presentaría denuncios criminales.

Por último, para justificar el denuncia, la sentencia dice: "El hecho de haber entrado el señor Casalins al almacén, y haber destruido unos memorandums con una navaja que prestó a un empleado de allí, aunque para entrar hubiera tenido permiso, tuvo necesariamente que sobresaltar el ánimo del señor Figueroa, que conociendo los hechos los llevó ante las autoridades para su investigación".

De esta suerte, la sentencia se concretó a hacer examen sobre dos puntos: el denuncia de Figueroa en sí, y los alcances del artículo 12 del Código de Procedimiento Penal. Nada más.

Casación

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal por el primer motivo de casación de que trata el artículo 520 del C. Judicial, y desarrolla esa acusación así:

I. Dice que fueron violados los artículos 2341 y 2356, inciso 1º del C. Civil, por falta de aplicación al caso, artículos que versan sobre la obligación de indemnizar.

Para sostener sus puntos de vista en relación con esta violación, el recurrente plantea estas cuestiones:

a) **Sobreseimiento**.—El simple examen que hace el Juez en el auto de sobreseimiento, "demuestra con absoluta claridad que el denunciante procedió temerariamente". Se acusó a Casalins de falsedad en el denuncia; "y lo que resultó a la postre falsedad fueron los hechos denunciados, como lo evidencia el sobreseimiento". Dice además: "Todos los autores están de acuerdo en que el sobreseimiento, según los hechos que le han servido de fundamento, tiene el valor absoluto de la sentencia, y esa autoridad del sobreseimiento tiene relevada importancia en la acción de responsabilidad por perjuicios".

b) **Denuncio**.—El recurrente entra a rebatir, como si se estuviera en una polémica jurídica, las tesis del Juzgado y del Tribunal sobre este tópico, y dice: "Como puede apreciarse por los elementos transcritos, fue por lo que afirmamos que la sentencia del Tribunal, en lo que respecta a este extremo es aberrante"; y

c) **Artículo 12 de la Ley de Procedimiento Penal**.—Dice el recurrente que "la sentencia incurrió en gravísimo error al considerar que todo ciudadano está en la obligación de denunciar a las autoridades no sólo los delitos que realmente se hayan cometido, sino los imaginarios, o los que el denunciante imagine"... "Lo que dispone el artículo 12 citado no da derecho, como lo entiende el Tribunal, a denunciar a un ciudadano por hecho de cualquier naturaleza"... "Tan patente es el error del Tribunal en la interpretación del artículo 12 invocado, que bastará considerar que ya el Código Penal anterior erigía en delito la denuncia de hechos falsos ante las autoridades".

Una gran parte de su demanda la destina el recurrente a tratar este tema, que con el del denuncia y el del auto de sobreseimiento, cubren toda la demanda de casación.

Sobre este último tema, en que el recurrente sostiene una mala interpretación del artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, es preciso decir que tal artículo no fue presentado inicialmente como violado dentro del motivo que se está estudiando, en el cual, como se vio, sólo se citaron los artículos del Código sobre responsabilidad civil. En todo caso, el Tribunal no interpretó mal el artículo en mención, como se examinará con detenimiento más adelante. Dijo que del hecho del denuncia no se puede deducir responsabilidad contra Figueroa, porque éste no hizo otra cosa que cumplir con un deber ciudadano, sin extralimitaciones, sin abuso, sin la menor imprudencia, lo que es así, en concepto de la Sala. El artículo que se cita impone a los colombianos la obligación de poner en conocimiento de las autoridades los hechos que en su concepto sean sancionables, y fue eso lo que hizo Figueroa, con moderada actitud.

En cuanto a los otros dos puntos —denuncia y auto de sobreseimiento— es de anotar que la razón de la queja contra la sentencia consiste en un desconocimiento del significado y alcance de esas pruebas; lo que quiere decir que la violación se ha debido enunciar a través de un error de hecho evidente o de derecho, lo cual no resulta de la acusación.

No obstante, se va a hacer examen de aquellos dos documentos,, a fin de patentizar la sinrazón del recurrente.

Ciertamente, como ya se dijo, el denunciante muestra que el señor Figueroa hubiera extralimitado la función social que le impone la ley de procedimiento penal. El denunciante no abusó al exponer ante las autoridades los hechos que en su concepto debían ser investigados. No hizo otra cosa que cumplir con un deber legal. Dice la Corte: "Quien cumple con ese deber (el de denunciar los delitos) en condiciones normales y de buena fe, presta un concurso necesario y útil a los fines sociales del Estado, y no se ve cómo pudiera el Legislador hacerlo civilmente responsable de daños que se causen en el desarrollo funcional de la misión punitiva de la cual es ajeno el denunciante". (G. J., 1927, pág. 419).

El denunciante se presentó ante las autoridades "con el fin de llevar a su conocimiento" unos hechos que podían ser delictuosos; los denuncia y dice: estos hechos, por delicadeza personal, quise considerarlos como simples errores o faltas de cuidado, y sólo dieron motivo para prescindir de los servicios del señor Casalins; lo que quiere decir que de parte de los denunciantes hubo tolerancia, fueron ellos bondadosos con Casalins, y la sanción a esos hechos fue el despido de éste. Y continúa el denunciante: cuando ya Casalins había perdido todo derecho sobre los libros de la casa, se presentó a las oficinas de ésta "alegando razones de orden particular que no tuvimos por qué poner en duda pues se trataba de persona de reconocida honorabilidad, y después de prestar a un empleado de la casa una navaja, mutiló uno de los libros borradores".

Después de exponer este hecho, verdaderamente grave, los denunciantes, con gran discreción y ánimo sereno, dicen en su denuncia: "Con fundamento en lo anterior, respetuosamente pedimos al señor Inspector la averiguación de estos hechos que, en nuestro concepto, prueban plenamente la existencia de un hecho delictuoso y punible". Y es éste el cargo del denuncia que puede tener alguna gravedad.

Mayor prudencia en el ejercicio de un derecho no puede concebirse. No se ve por parte alguna del denuncia una intención maliciosa, y ni siquiera una leve desviación en el ejercicio del derecho. Las palabras están medidas y bien meditaciones en el denuncia, y no hay una sola de ellas que se pueda atribuir a un sentimiento rencoroso contra quien fue empleado de los denuncian-

tes, ni a un acto de mala voluntad contra él, ni a cargo alguno infundado o ligero. Los denunciantes, lejos de haber obrado temerariamente, cumplieron su obligación ciudadana con marcado tino y con madura reflexión.

Y demuestra esto la circunstancia de que dentro del proceso penal se estableció que sí hubo desprendimiento de varias hojas de un libro borrador, usándose para ello una herramienta cortante; que el testigo que prestó la herramienta declara que el desprendimiento lo ocasionó Casalins; que en tal proceso figura una carta suscrita por éste, dirigida al denunciante, en que habla de "las hojas inútiles del borrador que yo destruí"; que en ese mismo proceso hay pruebas en que tienen fundamento los otros hechos expuestos en el denuncia.

Todo esto quiere decir que del denuncia no se puede deducir una responsabilidad contra los demandados en este juicio, como lo pretende el recurrente.

En cuanto al auto de sobreseimiento, menos aún resulta de él esa responsabilidad. El Fiscal del Juzgado, en lacónica vista, examinó simplemente el hecho del desprendimiento de las hojas de un libro, calificándolo, sin mínima razón, como "una denuncia por falsedad contra Domingo Casalins", hecho "que ha sido corroborado por la afirmación de varios testigos", según expresa el Fiscal; y en esa vista se pide al Juez que dicte auto de sobreseimiento porque el libro borrador no es de los que necesitan registro ni hay obligación de llevarlo por parte de los comerciantes, porque se puede en él hacer enmendaturas, y porque Casalins no penetró a las oficinas contra la voluntad de los representantes de la casa, ni tomó el libro a espaldas de ellos. El Juez Superior nada agregó a la vista fiscal, la copió en su auto, y sobreseyó así en favor de Casalins. Y ese auto no fue consultado, sino que el expediente fue archivado porque, dice el auto, "el Tribunal ha sostenido en diversos fallos que carece de jurisdicción para revisar los sobreseimientos definitivos". Y quiere el recurrente que a esto se le tenga como acto "con valor absoluto de sentencia", para rellevar que "de los razonamientos expuestos por el Juez Superior en virtud de los hechos examinados, se desprende con absoluta nitidez que no sólo hubo imprudencia y error de conducta de los denunciantes, sino que hubo malicia; a mucho concederles sobrepasa la falta de prudencia".

Del sobreseimiento no resulta cargo alguno contra los denunciantes. La conducta de éstos como

tales no fue examinada en el auto de sobreseimiento, ni directa ni indirectamente y sus términos y expresiones no dan el mínimo motivo para deducir responsabilidad alguna contra los autores del denuncia. "El sobreseimiento aun cuando sea definitivo —ha dicho la Corte— no acredita la inocencia del sindicado sino tan sólo la incapacidad de la investigación para demostrar la existencia del delito. De ahí que el sobreseimiento aun cuando sea definitivo absuelve de la instancia pero no del delito. La justicia civil no puede abrir muy amplia puerta al crecido número de las supuestas o reales víctimas de los denunciantes, porque entonces éstos, antes de comprometer su patrimonio en aras de tan ingrato deber legal, por lo menos se abstendrán de denunciar los delitos". (G. J. número 1927, página 419).

Es en vano que se pretenda establecer culpa contra los denunciantes del simple auto de sobreseimiento, del cual ni siquiera se trató en la sentencia del Tribunal, y el cargo del primer capítulo de acusación no aparece fundado, pues los artículos que se tienen como violados no lo fueron.

II. Acusa también el recurrente la sentencia del Tribunal por violación del artículo 632 del C. Judicial, que él considera texto sustantivo y la acusa porque según su concepto dejó de apreciar el instrumento público llamado auto de sobreseimiento definitivo, por lo cual se violó aquel artículo.

A lo cual se objeta: el artículo 632 mencionado no se puede tener como sustantivo, porque se concreta él a hacer una simple enunciación o enumeración de las pruebas que tienen fuerza de plenas. Además, sobre la responsabilidad que del auto de sobreseimiento resulta para Figueroa, según la opinión del recurrente, ya se hizo atrás un minucioso examen, llegando a la conclusión contraria.

III. Considera el recurrente como violados los artículos 593 y 697, de un lado, y de otro, los artículos 705 y 723, todos del Código Judicial.

Dice el recurrente que si el Tribunal no se hubiera abstenido de apreciar la prueba testimonial sobre las condiciones de vida arreglada de Casalins, y sobre los perjuicios de todo género por éste recibidos, testimonios que dieron base para un concepto pericial sobre esos perjuicios, la sentencia habría sido condenatoria y no se hubieran violado los artículos 593 y 697. Y sobre los artículos 705 y 723, dice el recurrente que acusa la sentencia por violación de estos textos "en concepto de haber el Tribunal dejado de apreciar la prueba pericial que se produjo en el juicio, prueba de incuestionable valor", que versa sobre los perjuicios sufridos por Casalins.

Ya se ha visto que el Tribunal, después de un examen completo de los elementos del juicio, llegó a la conclusión de que por parte del denunciante no hubo ni imprudencia, ni abuso, ni mala fe, ni hecho alguno que configure una culpa. Y si a esa conclusión llegó el fallador, mal se le puede acusar por violación de textos relacionados con una inspección ocular sobre perjuicios, extraños éstos a las conclusiones a que llegó el Tribunal.

No pueden prosperar, pues, los cargos contra la sentencia que se ha examinado.

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 del Tribunal Superior de Barranquilla, de fecha diciembre dos de mil novecientos cuarenta y siete.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez.—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda.—El Secretario, Hernando Lizarralde.

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE PROMESA DE CONTRATO.—LA PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO ES, CUANDO LAS PARTES SE OBLIGAN RECIPROCAMENTE, UNA VERDADERA CONVENCION BILATERAL, Y A ELLA ES APLICABLE EL ARTICULO 1546 DEL CODIGO CIVIL.—LAS DOS ACCIONES QUE CONFIERE ESTE ARTICULO SON DOS ACCIONES PRINCIPALES JURIDICAMENTE INCONCILIABLES Y, POR CONSIGUIENTE, NO PUEDEN EJERCERSE AMBAS A LA VEZ

1.—El artículo 1546 del Código Civil confiere al contratante que ha cumplido sus obligaciones frente al otro que no ha cumplido las suyas el derecho alternativo de pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios; pero no ambas cosas a la vez. Esas son dos acciones principales jurídicamente inconciliables: el cumplimiento de un contrato se opone y es contrario a la destrucción del mismo.

2.—La promesa de celebrar un contrato, cuando las partes se obligan recíprocamente, es una verdadera convención bilateral, porque el obligarse los contratantes recíprocamente, es condición que imprime carácter de bilateral a un pacto (artículo 1496 del Código Civil).

Si la promesa de celebrar un contrato constituye una convención bilateral, a esa convención ha de aplicarse el artículo 1546, que es ley para todos los contratos bilaterales, sin que pueda considerarse la promesa de celebrar un contrato, como una excepción al ordenamiento general de aquel artículo, porque esa excepción tendría que tener como base una expresa disposición de la ley civil, que hasta el presente no existe.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo catorce (14) de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

El Presbítero Teodoro Sánchez propuso juicio ordinario contra Isaías Camacho para que en sentencia definitiva se hagan los siguientes pronunciamientos y condenas:

“Primera.—Que se declare resuelto, por incum-

plimiento del promitente comprador, el contrato de promesa de venta de que trata el hecho primero de la demanda.

“Segunda.—Que en virtud de la declaración anterior se decrete la restitución de la finca rural denominada ‘La Secreta’, con todos los elementos determinados en ese contrato, con todas las mejoras y anexidades y por los linderos también detallados en ese mismo contrato, restitución total que debe hacer el señor Isaías Camacho al demandante dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria del fallo.

“Tercera.—Que se condene al demandado, como poseedor de mala fe, a la restitución de los frutos civiles y naturales que hubiere percibido o los que hubiera podido percibir el demandante con mediana inteligencia y actividad teniendo la finca en su poder. Esos frutos deben comprender todo el tiempo en que el demandado ha tenido la finca en su poder.

“Cuarta.—Que se reconozca o declare que por el incumplimiento el demandado ha causado perjuicios al demandante, los cuales pueden ser cobrados en juicio separado.

“Quinta.—Que se condene en las costas de este juicio al demandado”.

En los hechos fundamentales de la demanda se aseveró:

Que por medio de contrato contenido en documento privado de fecha 20 de agosto de 1942, el demandante prometió vender al demandado y éste prometió comprar los bienes que en ese documento se particularizan, entre los cuales está la finca de mejoras nombrada “La Secreta”, cuyos linderos en ese mismo instrumento se describen; que el precio acordado fue de \$ 2.500.00, de los cuales el promitente comprador quedó debiendo \$ 1.900.00 que se comprometió a entregar en contados sucesivos hasta el 20 de enero de 1943; que la promesa de contrato sería elevada

a escritura pública tan pronto como el promitente comprador pagase el saldo del precio; que el promitente vendedor hizo entrega de la finca referida al promitente comprador el mismo día en que se celebró la promesa; que éste no ha cumplido con sus obligaciones, por lo cual lo requirió judicialmente por dos veces para que las cumpliera y lo demandó con el mismo fin y así lo ordenó el respectivo juez, en auto de 30 de agosto de 1943, que le señaló al efecto el término de 30 días; que ese plazo transcurrió sin que el demandado haya cumplido.

Admitida la demanda, Camacho la contestó aceptando la celebración de la promesa, la cual dice ha estado cumpliendo, pues con posterioridad a los requerimientos ha abonado \$ 1.250, imputables a capital, según consta en los recibos que acompañó; expresando que en las pruebas acompañadas por el propio actor al libelo, consta que lo tiene demandado para el cumplimiento del contrato de promesa, por lo cual aduce las excepciones de renuncia y pérdida de la acción resolutoria y de petición indebida o antes de tiempo. Se opuso, en consecuencia, a que se hagan las declaraciones solicitadas.

Surtida la tramitación de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el 2º Civil del Circuito de Ibagué, decidió el pleito en sentencia de 12 de noviembre de 1948, por la cual declaró probada la excepción de renuncia de la acción resolutoria y absolvió, en consecuencia, al demandado de los cargos que se le formularon.

La apelación concedida a ambas partes llevó el negocio al Tribunal Superior de Ibagué, el que en sentencia de 21 de marzo de 1949, revocó la apelada, declaró no probadas las excepciones alegadas y resuelto, por incumplimiento del demandado, el contrato de promesa, decretó la restitución del inmueble junto con sus frutos y reconoció al demandado derecho a que se le abonen expensas y mejoras. No accedió a los demás peditmentos de la demanda.

Ese fallo se apoya en las siguientes consideraciones principales que se resumen:

Que la promesa de celebrar un contrato es una obligación de hacer, la que en caso de incumplimiento sólo da lugar a la indemnización de perjuicios prevista en el numeral 3º del artículo 1610 del C. C., "comoquiera que a nadie puede obligársele a celebrar un contrato; que por tal motivo la acción ejecutiva entablada por Sánchez contra Camacho y de que dan cuenta las copias acompañadas a la demanda, sirve para constituir

en mora a Camacho, como se le constituyó y para "exigirle el pago de los perjuicios compensatorios consiguientes por la infracción del contrato, que es lo que legalmente se ventila mediante aquella acción especial ejecutiva"; que el ejercicio de esta acción, derivada de la infracción del contrato de promesa no puede impedir la restitución de la finca 'La Secreta', mediante los trámites de un juicio ordinario "porque sabido es que al tenor del artículo 971 del C. C., las reglas del Título 12, Libro 2º del Código Civil (De la Reivindicación) se aplicarán contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor".

Al demandado se le concedió recurso de casación, el que en su oportunidad legal ha sustentado invocando contra el fallo las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J., y como la Corte encuentra debidamente fundado uno de los cargos que propone con apoyo en la primera, a él concreta su estudio con prescindencia de los restantes, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 538 ibidem.

En ese cargo sostiene el recurrente que el Tribunal quebrantó los artículos 1610, 971 y 1546 del Código Civil, a consecuencia de dos errores de hecho manifiestos en que incurrió.

El primer error lo hace consistir en que el sentenciador parte de la base de que la acción ejecutiva propuesta por Sánchez contra Camacho tiene por objeto exigir a éste los perjuicios compensatorios consiguientes a la infracción del contrato de promesa de compraventa, cuando además de esto el principal objetivo de la acción escogida es —como se ve de las confesiones del actor contenidas en los hechos 6º, 7º y 9º de la demanda y de las piezas que cita y cuyas copias se acompañaron al libelo— constreñir al promitente comprador al cumplimiento de todas las obligaciones que a su cargo le resultan del contrato de promesa, tales como la de comprar la finca "La Secreta", recibir la escritura respectiva y pagar el saldo del precio que quedó debiendo.

El segundo error consiste en que el Tribunal incurrió en apreciación o interpretación equivocada de la demanda, al tener como independiente la petición segunda sobre restitución del inmueble y no como una consecuencia de la primera sobre resolución del contrato y al decidir sobre aquélla aisladamente, tomando como fundamento las disposiciones legales sobre reivindicación,

cuando apenas se propuso como una mera derivación de la resolución del contrato.

A consecuencia de esos errores —añade el recurrente— el sentenciador quebrantó por aplicación indebida los artículos 1610; ordinal 3º y 971 del Código Civil, y por falta de aplicación el artículo 1546 del C. C., que establece que en caso de incumplimiento por uno de los contratantes de las obligaciones que le resultan de un contrato bilateral, el otro contratante puede “pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

Considera la Sala:

Según está probado plenamente con las copias auténticas que el actor acompañó al libelo de demanda (fls. 10 a 13, c. principal), el Presbítero Teodoro Sánchez propuso juicio ejecutivo contra Isaías Camacho para que se le condene a ejecutar “las obligaciones que contrajo en la promesa de venta suscrita” por ambos y a pagar “el valor de los perjuicios sufridos” por el ejecutante, cuyo monto éste calculó en doscientos pesos mensuales contados “desde el día en que Camacho se puso en mora de pagar íntegramente el precio y de recibir la escritura de venta, o sea desde el 20 de enero de 1943”, y en el mandamiento ejecutivo que profirió el Juez Primero del Circuito de Ibagué con fecha 30 de agosto del mismo año, se condenó a Camacho a cumplir “las obligaciones contraídas por él en el documento en que consta el contrato de promesa de venta” y libró además orden de pago en su contra por “la suma de \$ 200 por cada mes de mora en el cumplimiento de las obligaciones referidas o sea desde el 20 de enero de ese año hasta cuando ellas sean cumplidas”. Ese auto se notificó a las partes en forma legal. Y como las obligaciones que a Camacho le resultan de ese contrato son las de comprar la finca “La Secreta”, pagar el resto del precio y recibir la correspondiente escritura de compraventa, es evidente que el sentenciador incurrió en error de hecho manifiesto en la apreciación de las aludidas pruebas cuando estimó que “lo que legalmente se ventila mediante aquella acción especial ejecutiva” es “el pago de los perjuicios compensatorios consiguientes por la infracción del contrato”, cuando además de esto —como está visto— se persigue el cumplimiento mismo de todas las obligaciones contractuales de Camacho.

Ante esa situación plenamente probada y siendo como es bilateral el contrato de promesa, el sentenciador debió aplicar —y al no aplicarlo lo quebrantó— el artículo 1546 del Código Civil,

que confiere al contratante que ha cumplido sus obligaciones frente al otro que no ha cumplido las suyas el derecho alternativo de pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios; pero no ambas cosas a la vez, como está ocurriendo en el presente caso, pues de un lado el actor tiene demandado ejecutivamente al recurrente para que cumpla las obligaciones que le resultan del contrato de promesa y de otro, en este pleito ordinario está con posterioridad pidiendo la resolución de ese contrato. Esas son dos acciones principales jurídicamente inconciliables: el cumplimiento de un contrato se opone y es contrario a la destrucción del mismo.

En otro error de hecho no menos grave y manifiesto incurre el sentenciador: la súplica segunda de la demanda, sobre restitución del inmueble “La Secreta”, se propuso como meramente consecencial de la primera, sobre resolución del contrato. El Tribunal la acogió como si fuese una acción principal y en la motivación del fallo la analizó independientemente y con prescindencia de la primera, pues le buscó y encontró fundamento y raíz para su prosperidad en lo estatuido en el artículo 971 del C. C., con lo cual incurrió en el apuntado error en relación con la demanda, y aplicó indebidamente —como lo afirma el recurrente— el texto legal que acaba de citarse, pues lo hizo operar y producir efectos sobre una situación no contemplada en el pleito y al cual, no era en consecuencia aplicable.

Las razones expuestas conducen a la casación del fallo recurrido y sirven a la vez como motivación del que en instancia debe proferir la Corte para absolver al demandado, puesto que —se repite— habiendo pedido el actor el cumplimiento por parte de aquél de las obligaciones que le impone el contrato ya mencionado y habiéndose decretado jurídicamente lo solicitado en una acción ejecutiva que está en curso, al demandante no le era legalmente posible establecer el presente pleito en que se impetra la resolución del mismo contrato, pues la ley (artículo 1546 del C. C.), sólo le confiere el derecho de optar por una de esas dos acciones y ya había escogido la de cumplimiento de la promesa de venta.

Y para rectificar el concepto del fallador de segundo grado sobre las consecuencias que un contrato de la naturaleza del indicado está llamado a producir, es pertinente reproducir la siguiente jurisprudencia sentada por la Corte al respecto:

"La promesa de celebrar un contrato cuando las partes se obligan recíprocamente, es una verdadera convención bilateral, porque el obligarse los contratantes recíprocamente, es condición que imprime carácter de bilateral a un pacto. (Artículo 1496 del Código Civil).

"Si la promesa de celebrar un contrato constituye una convención bilateral, a esa convención ha de aplicarse el artículo 1546 que es ley para todos los contratos bilaterales, sin que pueda considerarse la promesa de celebrar un contrato, como una excepción al ordenamiento general de aquel artículo, porque esa excepción tendría que tener como base, una expresa disposición de la ley civil, que hasta el presente no existe.

"El artículo 1610 invocado por el Tribunal y según el cual a juicio del fallador, cuando la obligación es de hacer, no le queda al acreedor más que los tres medios que allí se señalan, excluyendo el de resolución, es un texto que no comporta la interpretación que le ha dado el Tribunal de Bogotá.

"El artículo 1610 hace parte del Título 12 del Código que trata del efecto de las obligaciones, ya procedan ellas del concurso real de voluntades de dos o más personas; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga; ora a consecuencia de un hecho que ha causado injuria o daño a otra persona; o bien por disposición de la ley.

"Se entiende por efectos de las obligaciones los derechos que la ley confiere al acreedor para exigir y asegurar el cumplimiento oportuno y total de la obligación por parte del deudor. Para cumplir estos fines, o sea los efectos de las obligaciones fue para lo que se dictó el artículo 1610 del Código Civil, es decir, para obligar coercitivamente al deudor al cumplimiento de su obligación, lo que vale decir que esa disposición se refiere al cumplimiento forzado de la obligación que tiene su cumplimiento en alguna de las cuatro condiciones ya enumeradas en el artículo 1494.

"De estas premisas se desprende que los casos señalados en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 1610, son los medios que la justicia pone en manos del acreedor, a su elección para la ejecución forzada de la obligación, pero sólo para ese cumplimiento, lo que no excluye ni podía excluir que el acreedor optara, no por hacer cumplir la obligación sino por resolverla, pues sería insólito que éste quedara permanentemente ligado

por un vínculo jurídico indisoluble a pesar de que el deudor estuviera constituido en mora, y que en esta mora no le quedara más vía legal que la de la ejecución forzada cuando el acreedor no desea el cumplimiento de la obligación sino su extinción, contrariando el principio general de que los contratos bilaterales pueden resolverse por incumplimiento de una de las partes, cuando no optan por su ejecución. Esta doctrina ha sido asentada ya por la Sala de Casación en fallo de 28 de septiembre de 1938, G. J. número 1741, página 241. (Casación, 11 de mayo de 1942, G. J. número 1989, pág. 46)".

Además, y para hacer referencia a otro tema considerado por el actor y el Tribunal, conviene observar que cuando el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento, el artículo 1º de la Ley 66 de 1945, señala la manera de proceder, ante la renuencia del deudor en ejecutarlo.

Por último, como el demandante por las razones ya dichas, no es actual titular de las acciones que ejercita, ésta consensualmente no está llamada a prosperar, y por lo mismo no hay lugar al estudio de las excepciones propuestas. De allí que la sentencia de primera instancia en cuanto declaró probada alguna de ellas deba ser revocada, para reemplazarla con una simple absolución del reo.

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 y uno de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, proferida por el Tribunal de Ibagué en el presente negocio, y revocando la de primera instancia, citada al comienzo de este fallo, absuelve al demandado de los cargos que le fueron formulados.

Sin costas en el recurso de casación. Las de primera y segunda instancia son de cargo del demandante y serán tasadas y liquidadas por el Tribunal y Juzgado, en su oportunidad.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente oportunamente a la oficina de procedencia.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—El Secretario, Hernando Lizarralde.

CUANDO EN CASACION PUEDE VARIARSE LA APRECIACION QUE LOS JUZGADORES DE INSTANCIA HICIERON DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN LA HIPOTESIS REGULADA POR EL ART. 702 DEL CODIGO JUDICIAL

Según el artículo 702 del C. J., “cuando sobre un mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, el juez atendiendo a las condiciones de aquéllas y a la calidad, número, fama o ilustración de los testigos, deduce, conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones”.

Es éste uno de los eventos en que el procedimiento deja al juzgador apreciar libremente el mérito de la prueba, para que, aplicando su propio criterio y los principios de la sana crítica, deduzca de las modalidades indicadas convicción de certeza o simples presunciones, o la conveniencia de prescindir en absoluto del medio probatorio.

Se comprende, sin mayor esfuerzo, que la apreciación que de la prueba haga en tal caso el sentenciador, debe ser respetada, desde luego que estaba en libertad de deducirla según su propio juicio, y para atacarla con buen éxito en casación, sería indispensable demostrar que aquél incurrió en error de hecho evidente, por no haber tenido en cuenta, por ejemplo, la calidad, número, fama o ilustración de los testigos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo catorce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Desde abril de 1928 hasta marzo de 1942, Manuel S. Toro y Lucila Vélez, sin estar casados, hicieron vida marital, bajo un mismo techo. Durante ese tiempo —y mediante su tácito consentimiento— explotaron en común, con el ánimo de obtener beneficios y de distribuírselos a prorrata

de los aportes y esfuerzos de cada uno, primero un pequeño negocio comercial en la plaza de mercado de Tuluá, y después una finca rural llamada El Placer, en jurisdicción del municipio de Buga, la cual compraron por la escritura 361 de 8 de septiembre de 1933, de la Notaría de esa ciudad, compraventa que, por circunstancias del momento, sólo fue aceptada por Toro. Dicha finca, cuyo precio fue de mil quinientos pesos, fue mejorada considerablemente por el trabajo de ambos, hasta llegar a valer, después de nueve años, setenta y cinco mil pesos.

Durante la existencia de la sociedad de hecho, aquéllos compraron también una casa en Tuluá, en cabeza de Toro, y otra en Cali, en cabeza de ambos, esta última por la escritura 253 de 25 de febrero de 1942, de la Notaría 3ª de Cali.

Fuera de los ganados de la sociedad, en El Placer había, de la exclusiva propiedad de Lucila, setenta reses hembras y cincuenta y ocho machos, casi todos marcados con su “fierro quemador”.

Después de catorce años, vino el rompimiento de los concubinos, sin que se hubiera liquidado la asociación, y Toro no sólo negóse a reconocer a Lucila participación alguna en los haberes comunes y en las utilidades obtenidas sino que le desconoció todo derecho a los semovientes mencionados y a siete vacas más que ella había aportado.

En estos hechos o antecedentes, que la Sala ha extractado del libelo respectivo, fundóse Lucila Vélez para demandar, en octubre de 1942 y ante el Juez Civil del Circuito de Buga, a Manuel Salvador Toro, solicitando, en resumen, que se liquidara la sociedad de hecho referida, que se restituyeran a los socios sus aportes y se dividieran entre ellos los bienes adquiridos durante su vigencia, y que el demandado le restituyera los ganados que no fueron aportados y que pertenecen a la actora.

Negó Toro enfáticamente todos los hechos sustanciales y se opuso a las pretensiones de la demandante, reconociendo la vida marital durante el lapso expresado, pero negando, como se afirma en la demanda, que hubiera mediado acuerdo

sobre explotación económica de ningún negocio, ni que la sociedad de hecho hubiera tenido existencia, pues él montó la tienda de granos en Tuluá dos años antes de unirse a Lucila, y para su administración tuvo siempre dependientes, y la finca de El Placer la compró por sí solo y con dineros propios, mucho antes de vender la tienda, y del mismo modo la mejoró, y lo mismo ocurrió con la casa de Tuluá, que adquirió también mucho antes de iniciar convivencia con la actora, quien, por lo demás, sólo llegó a tener diez vacas y ocho novillonas, que él le regaló y que después compró por mil doscientos pesos, suma que la invirtió en un derecho en la casa de Cali, comprada para ambos por la citada escritura 253.

Sentencia de primera instancia.—Profirióla el Juzgado con fecha 9 de junio de 1945, absolviendo al demandado de todos los cargos; sin costas.

Sentencia recurrida.—Apelado ese fallo por la actora, el Tribunal Superior de Buga, en el suyo de 30 de septiembre de 1947, lo confirmó, pero con la modificación de que el demandado “sí debe restituir a la demandante Lucila Vélez las seis vacas paridas, cuatro horras y ocho novillas de que habla el recibo de 8 de febrero de 1942, u otros de su mismo género, o pagar su valor dentro de los ocho días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia”.

La casación.—Admitido este recurso, que fue otorgado a ambas partes y que ha sido sustanciado legalmente, la Sala procede a decidirlo, principiando por estudiar la demanda de la actora, que ataca la sentencia en toda su integridad, al paso que la acusación del demandado dirígese solamente a la infirmación de la reforma o modificación expresada.

Recurso de la demandante.—El Tribunal, para el efecto de analizar las pruebas del proceso, divide en dos etapas la supuesta sociedad de hecho entre demandante y demandado. La primera, que principia en 1928, se caracteriza por la explotación de la tienda de granos en Tuluá, y la segunda, que se inicia en 1933, comprende la explotación de la finca rural de El Placer.

Estudia el sentenciador las distintas pruebas (testimonios producidos por ambas partes, inspecciones oculares, posiciones, etc.), deteniéndose especialmente en la comparación de los dos grupos de declaraciones aducidas por la actora y por el demandado, desacordes en absoluto respecto de la modalidad y carácter de la colaboración de Lucila Vélez en tales negocios, pues al

paso que los testigos de ésta la revelan como eficaz, importante y en un mismo pie de igualdad con la de Toro, los de este señor la califican de simples servicios domésticos, que se extendían a veces a intervención en las faenas comerciales, agrícolas y ganaderas, pero siempre subordinada dicha señora a las órdenes e instrucciones del demandado.

Ahora bien, para el recurrente, quien critica la apreciación del Tribunal, “es inexacto que las pruebas relativas a la colaboración de la señora Vélez en los negocios de Tuluá, no demuestren que tal colaboración no fuera una contribución paralela a la del señor Toro y encaminada, conjuntamente con la de éste, a la explotación del comercio establecido en dicha ciudad. Lo contrario, o sea que la colaboración de dicha señora no sólo fue equiparable a la de Toro, sino eficaz para la prosperidad del negocio, es lo que aparece demostrado”. Y a igual conclusión llega respecto de la explotación de la finca, pues después de balancear las dos series de testimonios, termina diciendo: “Tampoco, pues, en cuanto a las actividades desarrolladas por la demandante en los negocios de agricultura en el predio de El Placer, apreció el Tribunal acertadamente las pruebas especialmente relacionadas con tales actividades y a las cuales acabo de referirme”.

Y más adelante, concretando el cargo, se expresa de este modo: “En conclusión y fundándome en las anteriores consideraciones, invoco la primera de las causales enunciadas en el artículo 520 del C. J., para acusar la sentencia recurrida; pues en ésta incurrió el sentenciador en las siguientes irregularidades:

“1ª—Apreció mal las pruebas relativas, tanto a las actividades que, en cooperación del señor Manuel Salvador Toro, realizó la señora Lucila Vélez en la empresa de comercio desarrollada en Tuluá, como en las labores cumplidas en la empresa agrícola y ganadera establecida en el predio de El Placer; pruebas cuyo análisis queda hecho y que demuestran cómo aquellas actividades no fueron únicamente el resultado propio de la común vivienda del señor Toro y la señora Vélez, sino también la colaboración eficaz que ésta prestó a aquél para obtener la prosperidad de dichas empresas, y 2ª Omitió apreciar como pruebas de la misma colaboración, encaminada al fin ya indicado los actos ejecutados por la señora Vélez al contratar el cultivo de pastos en parte de El Placer y al pactar la aparcería de ganados an-

tes reseñadas, así como también la adquisición en común con el señor Toro, de una casa en Cali.

"Y por aquella errónea apreciación de pruebas y por esta omisión en apreciar otras, incidió el Tribunal en error de hecho manifiesto en los autos; lo que lo condujo a violar directamente los artículos 2079, 2083 y 2094 del C. C. e indirectamente el artículo 1524 del mismo Código; así como también fue violado el artículo 475 del C. de Co."

Se considera:

Cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos.

Ya se ha dicho que en el proceso obran dos series de testimonios: los producidos por la actora y los presentados por el demandado. El desacuerdo entre las afirmaciones de los dos grupos es completo. El Tribunal los analizó todos (Ricardo Blandón Abadía, Joaquín Emilio Rentería Daza, Roberto Peláez Pérez, Carlos Concha, Mario Pereira, Manuel W. Bonilla, Antonio José Hernández, de los primeros; y Abelardo Escobar, Hernando Borja, Delfín y Antonio Castaño, Pedro Antonio Rodríguez y Pedro Antonio Reyes, de los segundos, unos y otros en cuanto al negocio de Tuluá. Y en cuanto a la explotación de El Placer, Blandón Abadía, Manuel Antonio Obando Marín, Peláez Pérez, Ruperto Campo, Luis Ernesto Hernández, Mario Pereira, Antonio José Hernández y José Dolores Marín, de la demandante, y el doctor Luis Zabala Lince, Marino Fina, Alfredo Buriticá, Pedro A. Carmona, Justiniano y Félix Pérez, Roso Salgado y Antonio Aldana, del demandado).

Ahora bien, en cuanto al negocio de Tuluá, el recurrente parangona todos los testimonios mencionados; y respecto de las actividades en la finca balancea los ocho de la actora y sólo cuatro del demandado, pues no se refiere a los cuatro últimos.

Según el artículo 702 del C. J., "cuando sobre un mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, el juez atendiendo a las condiciones de aquéllas y a la calidad, número, fama o ilustración de los testigos, deduce, conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con rela-

ción a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones".

Es éste uno de los eventos en que el procedimiento deja al juzgador apreciar libremente el mérito de la prueba, para que, aplicando su propio criterio y los principios de la sana crítica, deduzca de las modalidades indicadas convicción de certeza o simples presunciones, o la conveniencia de prescindir en absoluto del medio probatorio.

Se comprende, sin mayor esfuerzo, que la apreciación que de la prueba haga en tal caso el sentenciador, debe ser respetada, desde luego que estaba en libertad de deducirla según su propio juicio, y para atacarla con buen éxito en casación sería indispensable demostrar que aquél incurrió en error de hecho evidente, por no haber tenido en cuenta, por ejemplo, la calidad, número, fama o ilustración de los testigos.

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante y uniforme al respecto (G. J. XLI bis, 109, 263; XLV, 431; XLVIII, 728; 72).

Y el Tribunal, en el caso *sub judice*, y mediante la recta comparación de las dos series de testimonios, llegó a la conclusión de que con ellos no se había acreditado la existencia de una sociedad de hecho entre las partes, en lo cual no puede verse ningún error manifiesto. Que el recurrente balanceando a su modo tales testimonios, llegue a una conclusión distinta, sólo demostraría una diferencia de criterios.

Y en cuanto al error que se hace consistir en no haber apreciado el Tribunal "la prueba constituida por las actuaciones de la señora Vélez al contratar el desmonte y pactar la aparcería a que se refería el documento aquel a que aluden los testigos Pereira, Girón y la señora Gordillo..." y no haber tenido en cuenta, para dar por demostrada la sociedad de hecho, "que la compra de la casa ubicada en Cali, efectuada por escritura N° 253, otorgada en la Notaría 3ª de dicha ciudad el 25 de febrero de 1942, la hicieron para ambos el señor Toro y la señora Vélez, lo que confluente a demostrar, teniendo en cuenta la intimidad de vida que llevaban, que entre ellos existió comunidad de intereses", sería un error que, suponiéndolo existente y manifiesto, no incidiría en lo resuelto y fallado por el sentenciador, quien se apoya en otras pruebas que no han sido desvirtuadas, a lo cual puede agregarse que el contrato sobre desmonte y aparcería mencionado se refe-

ría a una finca que, según la demandante, era de su propiedad, por lo cual no era posible considerarlo como prueba de la explotación conjunta de El Placer: y en cuanto a la casa de Cali, comprada, según aparece de la escritura respectiva, por Toro y Lucila, es un acto aislado que por sí solo no demuestra la existencia de la sociedad de hecho que se pretende haber existido entre las partes.

Se rechaza, pues, la acusación de la parte actora.

Recurso del demandado. Ya se ha dicho que la acusación de éste está limitada a la modificación que el Tribunal introdujo a la sentencia de primer grado, consistente en condenar a Toro a la restitución de los ganados de que habla el recibo de 8 de febrero de 1942, u otros del mismo género, o a pagar el valor de tales semovientes.

Quéjase el recurrente de violación de ley sustantiva por "apreciación errónea de la prueba de confesión, por lo cual incurrió el Tribunal en error de derecho...", pues, "el demandado Toro al contestar la demanda y en lo referente al ganado materia de la condena por parte del Tribunal, manifestó que la Vélez se lo vendió y que el dinero se lo pagó al adquirir una casa en Cali para ambos, adquisición hecha con escritura 253 de 25 de febrero de 1942", confesión indivisible, según el recurrente, calidad que le desconoció el Tribunal, por lo cual no admitió el hecho del pago, aunque sí la deuda por el precio del ganado.

Se queja también de error de derecho del Tribunal "al estimar y desestimar a la vez como

prueba el recibo suscrito por Lucila Vélez con fecha 8 de febrero de 1942, y con el cual se demuestra que ésta le vendió a Toro el ganado y que éste le pagó con el aporte del dinero para la adquisición del inmueble situado en Cali".

Estos cargos están mal formulados, pues el recurrente ha debido señalar las disposiciones sustantivas infringidas por consecuencia de los errores que imputa al sentenciador, pero sólo invocó las de los artículos 609 y 601 del C. J., que son adjetivas. Ellas, por sí solas, no amparan ningún derecho sustantivo. Se limitan a dar reglas sobre apreciación de las pruebas en general y sobre la especial de la confesión.

Estos cargos, son, por tanto, infundados.

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 infirma** la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha treinta (30) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal expresado.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Emilio Prieto H., Oficial Mayor.

LA ACCION QUE TIENE EL DUEÑO DE UNA COSA OCUPADA POR OTRO QUE NO SE LA ENTREGA PERO QUE NO DESCONOCE EL DOMINIO DE AQUEL, NO ES UNA VERDADERA ACCION REIVINDICATORIA

La ley precisa quien puede reivindicar, qué cosas pueden reivindicarse y contra quien se debe dirigir la acción reivindicatoria; hace responsable al poseedor actual, como sujeto pasivo de esa acción, y hace pesar la carga de la prueba sobre el actor. Al presentarse un litigio de esta naturaleza, puede afirmarse que conlleva o implica una colisión de derechos "entre el del ocupante que a su tenencia material agrega ánimo de señor —CORPUS ET ANIMUS— y que por eso es poseedor y cuenta con el favor legal de presumirlo dueño, y el del que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá esa presunción y lo dejará vencido". Pero cuando el demandado no es tal —poseedor— o el demandante no pruebe que lo sea, la acción de dominio no sería aplicable, no opera por ausencia de aquella situación jurídica e imposibilidad de la restitución por el condenado.

No es concebible la colisión de aquellos derechos, sin la presencia de las situaciones opuestas de los contrincantes en la forma anotada antes; las distintas a las contempladas, dan origen o nacimiento a acciones diferentes a la reivindicatoria para el dueño y con el objetivo de que pueda recuperar lo suyo, ocupado por otro, sin ánimo de señor y dueño. De aquí que no pueda estimarse la regla del art. 971 del C. C., como un principio exceptivo al general que se ha venido comentando, en el sentido de hacer responsable como sujeto pasivo de la acción de dominio, sin discriminación alguna, al tenedor.

Se trata, como ha entendido la jurisprudencia la doctrina del art. 971, de una extensión del principio, o mejor, de la aplicación del procedimiento asignado a la acción reivindicatoria a los casos allí contemplados, y de ahí, la necesidad requerida por la misma jurisprudencia de distinguir las diversas situaciones por las cuales se llega a la de

mera tenencia, para determinar a cuáles le son aplicables las reglas del mencionado artículo 971 del C. C.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo catorce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Serafín Riaño demandó a Marcelino Téllez y Josefina Riaño de Téllez, en vía ordinaria de mayor cuantía y en ejercicio de la acción reivindicatoria, para que se le declare dueño de los bienes inmuebles ubicados en jurisdicción de Quipile, los cuales aparecen determinados en el libelo; se condene a los demandados a restituírselos con sus mejoras y frutos, y también al pago de los perjuicios ocasionados con la destrucción de varias anexidades y mejoras de los precitados inmuebles.

Conoció de este asunto el Juez Segundo Civil del Circuito de Facatativá y lo decidió en sentencia de 7 de abril de 1947, por la cual declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas; reconoció al demandante la calidad de dueño de los inmuebles objeto de la demanda, y condenó a los demandados a restituírselos junto con sus anexidades, además, al pago de los frutos naturales y civiles y al de las costas; al demandante al de las mejoras útiles puestas por los demandados antes de la contestación de la demanda y negó las demás peticiones del libelo.

Apelado este fallo por las partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió la segunda instancia en resolución de 15 de septiembre de 1949, revocando la del Juez y llegando a la conclusión absolutoria, declarando que desestima las peticiones formuladas por el demandante, por hallar probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la parte demandada, y, sin costas.

El fundamento principal del fallo del Tribunal, consiste en la situación jurídico-procesal de no estar acreditado el hecho de que los demandados tengan la posesión material con ánimo de señor y dueño de los inmuebles sobre que versa la acción de dominio y que, por consiguiente, resulta ilegítima su personería sustantiva, y no procedente la acción reivindicatoria, que sólo se dirige contra el poseedor.

Este proceso fue reconstruido, ante el Tribunal de Bogotá, con base en lo dispuesto por el Decreto N° 1683 de 1948.

Contra la sentencia del Tribunal, interpuso el demandante recurso de casación, que se decide por estar legalmente tramitado.

Estima el recurrente que el fallo del Tribunal viola la ley sustantiva por aplicación indebida, por errores de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba, lo que induce a considerar que invoca la causal primera del Art. 520 del C. J., pues en la demanda de casación no señala causal alguna.

Tres cargos contra el fallo de segundo grado, contiene la acusación y ésta se encamina a demostrar, que el sentenciador infringió los preceptos legales indicados en cada reparo y con el argumento cardinal de que al reputar a los demandados como simples tenedores y desconocerles la calidad de poseedores, incurrió en error de derecho y de hecho que lo indujo a considerar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de aquéllos.

Los cargos pueden sintetizarse así:

1º—Al no apreciar el Tribunal la contestación de la demanda, en el sentido de que los demandados se opusieron a la acción de dominio a título de poseedores con ánimo de señor y dueño, sino de simples tenedores, incurrió en un error de derecho en su apreciación, error que lo indujo a infringir el Art. 775 del C. C., por aplicación indebida; el 762 al no darle aplicación debiendo dársela, error que incidió en el fallo a infringir los Arts. 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964 y 971 ibidem, al no darles aplicación siendo el caso de hacerlo.

2º—Error de hecho y de derecho al no considerar la prueba de la parte demandante; prueba que consiste en las declaraciones de los testigos Carpintero, Cárdenas y Cabra, quienes afirman uniformemente que los demandados —según la copia de la sentencia de primer grado— están en posesión de los bienes materia de la reivindicación desde hace varios años, teniendo esa copia el ca-

rácter de auténtica y el de plena prueba. Al no ser considerada así por el Tribunal determinó por parte de éste un error de derecho en la apreciación de esta prueba, que dejó de considerar, error que lo indujo a violar el Art. 697 del C. J. y que por tal respecto lo llevó a infringir el 775 del C. C., por indebida aplicación y los Arts, citados en el primer cargo, también por falta de aplicación al caso del litigio.

3º—Error de derecho en la apreciación de la prueba de la parte demandada, testimonios de los señores García, Mendieta y Cabra, al afirmar el Tribunal que el dicho de los testigos concurre a darle verosimilitud a las alegaciones de la parte demandada, cuando ellos afirman otra cosa. Incurriendo así el sentenciador, al tener sus declaraciones como elemento de prueba, en error de derecho en su apreciación, que lo llevó a infringir los Arts. 697 del C. J. y 775 del C. C., por indebida aplicación, el 762 del C. C. por no haberlo aplicado y las demás disposiciones citadas en los cargos anteriores, también por falta de aplicación.

Se considera:

Los tres reparos tienen un solo objetivo, destruir la situación afirmada en la sentencia recurrida de que los demandados tienen la calidad de simples tenedores de los bienes que se pretende reivindicar, sin ánimo de señor y dueño, no la de poseedores, con todos los efectos legales que aquella situación jurídica implica en relación con la acción de dominio o reivindicatoria en nuestra legislación positiva. Dilucidar esta cuestión, así presentada, equivale a resolver todo el problema planteado en casación, a través de los cargos formulados contra la sentencia de segundo grado, lo que permite su estudio en conjunto, tal como procede la Sala a considerarlos.

Los preceptos del Título XII del Libro 2º del Código Civil, gobiernan lo relativo a la protección del derecho de propiedad, por medio de la acción de dominio o reivindicatoria, en cuanto allí se señala la finalidad de ésta, definiéndola como la “que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla” Art. 946; en cuanto que los Arts. 950, 951 y 952, exigen propiedad plena o nuda en el actor, o que se halle en estado o vía de usucapir; y que “la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.

Incidentalmente, los Arts. 953 y 954, se refie-

ren al mero tenedor, no para señalarlo como presunto demandado, sino más bien, para imponerle la obligación de denunciar a nombre de quién tiene la cosa, so pena de incurrir en la sanción de indemnizar perjuicios, si de mala fe se da por poseedor de ella sin serlo.

La ley, pues, precisa quien puede reivindicar, qué cosas pueden reivindicarse y contra quien se debe dirigir la acción reivindicatoria; hace responsable al poseedor actual, como sujeto pasivo de esa acción, y hace pesar la carga de la prueba sobre el actor. Al presentarse un litigio de esta naturaleza, puede afirmarse que conlleva o implica una colisión de derechos "entre el del ocupante que a su tenencia material agrega ánimo de señor —"corpus et animus"— y que por eso es poseedor y cuenta con el favor legal de presumirlo dueño, y el del que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá esa presunción y lo dejará vencido". Pero cuando el demandado no sea tal —poseedor— o el demandante no pruebe que lo sea, la acción de dominio no sería aplicable, no opera por ausencia de aquella situación jurídica e imposibilidad de la restitución por el condenado.

No es concebible la colisión de aquellos derechos, sin la presencia de las situaciones opuestas de los contrincantes en la forma anotada antes; las distintas a las contempladas, dan origen o nacimiento a acciones diferentes a la reivindicatoria para el dueño y con el objetivo de que pueda recuperar lo suyo, ocupado por otro, sin ánimo de señor y dueño. De aquí, que no pueda estimarse la regla del Art. 971 del C. C., como un principio exceptivo al general, que se ha venido comentando, en el sentido de hacer responsable como sujeto pasivo de la acción de dominio, sin discriminación alguna, al tenedor.

Se trata —como ha entendido la jurisprudencia, la doctrina del Art. 971— de una extensión del principio, o mejor, de la aplicación del procedimiento asignado a la acción reivindicatoria a los casos allí contemplados, y de ahí, la necesidad requerida por la misma jurisprudencia, de distinguir las diversas situaciones por las cuales se llega a la de mera tenencia, para determinar a cuáles le son aplicables las reglas del mencionado Art. 971 del C. C. Así, la Corte ha dicho:

"El poseedor material de una cosa en que está vinculado un derecho o cuota de otro, que no desconoce, pero que se niega a entregársela; el propietario de la cosa cuyo usufructo en mano ajena terminó y a quien no se le entrega porque el usu-

fructuario se niega a hacerlo; el dueño de una cosa ocupada por otro como administrador que, sin negarle ese dominio, no se le entrega, están autorizados para acudir a ese procedimiento —el de la acción reivindicatoria— y obtener la aplicación de estas reglas a fin de recuperar, aprovechando la mencionada extensión concedida por aquella disposición legal—971 del C. C.— sin que por ello pueda decirse que en rigor de verdad es un reivindicante que está ajerciendo precisamente la acción de dominio, tál como si éste le fuese desconocido por el respectivo condueño, usufructuario o administrador que para entregar adjudica ánimo de señor". (G. J. Nº 2016 Tomo LVIII sentencia 8 de diciembre de 1944).

En el caso de autos, acontece que los demandados desde el principio del litigio han manifestado no ser poseedores de los inmuebles, sino meros tenedores de ellos, por entrega voluntaria y espontánea del demandante, con el objetivo de que los disfrutaran como posible compensación de los frutos percibidos por el último, como productos de los bienes del haber sucesoral de su esposa y madre de uno de ellos; que consideran no estimada aquella situación de disfrute de esos bienes y que conservan esa calidad, pero sin desconocer el dominio del actor sobre ellos. Situación que, por otra parte, está comprobada en el proceso con las expresas manifestaciones hechas en la contestación de la demanda, con los alegatos de conclusión en las instancias y confirmada por el actor en el pliego de posiciones que se le hizo absolver con tal fin. Probanza suficiente, por lo menos, de la situación de hecho creada, no de la constitución legal de usufructo, por cuanto ésta necesitaba del otorgamiento de la escritura pública respectiva, conforme al texto del Art. 826 del C. C. Pero este último aspecto, no ha sido alegado en casación y mal puede la Sala, oficiosamente, considerarlo.

El demandante, en cambio, ha insistido en su posición adoptada en la demanda, o sea la de señalar como poseedores a los demandados. Esta situación afirmada en el libelo, no ha tenido comprobación en el proceso, pues, el actor se ha limitado a alegar el simple hecho de que sus demandados hubieran excepcionado compensación por los frutos percibidos por él, como productos de los bienes que componían el haber sucesoral de su esposa y madre de uno de ellos, y el derecho para continuar disfrutando de los inmuebles que se pretende reivindicar, implicaba el desconocimiento del de dominio cuya declaración im-

petraba. Alegación ineficaz para producir los efectos buscados, pues, con ella no se acreditaba la condición legal de poseedores que se imputa a los demandados; la excepción presentada tiende a sostener la situación de disfrute de los bienes, a que simplemente no se les prive, por ahora, de ese disfrute, sin desconocer la propiedad del demandante, sin ánimo de señor y dueño, como meros tenedores.

Por otra parte, la apreciación de la prueba testifical por el sentenciador, contra la cual se rebela el recurrente, no da margen para modificar la situación de hecho de que se viene hablando, porque evidentemente pudo haberse demostrado que los demandados han ejecutado actos constitutivos de su posesión material, pero como por otro, se acreditó que esos actos fueron ejecutados sin ánimo de señor y dueño, reconociendo dominio ajeno, no es posible variar aquella apreciación hecha por el Tribunal.

Todo lo anterior significa, que los demandados no son sino meros tenedores de los bienes que se pretende reivindicar, no poseedores, y que son las personas contra quienes pueda prosperar la acción reivindicatoria promovida. Esto es, que no estuvo errado el Tribunal de Bogotá en el concepto que le sirvió de resorte único y fundamental a su fallo declaratorio de carencia de personería sustantiva necesaria o indispensable para

ser parte demandada en esta clase de litigios: que lo expresado sobre tenencia y posesión respecto de tal personería, hace inoficioso el estudio en detalle de los cargos formulados, pues con ello no se llegaría a otra conclusión distinta de la de poner de relieve, nuevamente, la discrepancia entre los conceptos del recurrente y los del sentenciador, sobre lo que constituye la calidad de poseedor, y la de mero tenedor.

En consecuencia, se declaran infundados los cargos.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada en 15 de septiembre de 1949.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la GACETA JUDICIAL y en la debida oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Gualberto Rodríguez Peña—Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas—Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

SOCIEDADES DE HECHO — RESTRICCIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL PARA LOS ACTOS O CONTRATOS QUE CONTIENEN LA ENTREGA O PROMESA DE UNA COSA QUE VALGA MÁS DE QUINIENTOS PESOS — ESTA RESTRICCIÓN SE REFIERE A LOS HECHOS JURÍDICOS — CAUSAL SEGUNDA DE CASA CION

1—Según lo tiene repetido la Jusrisprudencia, las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así: Primera. Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales. Segunda. Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resulta de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.

Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase —que los expositores llaman SOCIEDADES CREADAS DE HECHO— o por los hechos no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que ese elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción.

2—La restricción de la prueba testimonial para “los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos”, se refiere a los hechos jurídicos, o sea, a aquellos que por producirse con el concurso ajeno, son capaces por sí mismos de crear relaciones personales, o de modificar o extinguir las que ya existen; en contraposición a los simples hechos materiales de una persona y que, aun cuando susceptibles de producir consecuencias jurídicas, son del todo ajenos a la acción del tercero a quien afectan.

Así las cosas, no cabe entonces sostener que los actos por medio de los cuales ha de

conformarse un contrato cualquiera, puedan nunca considerarse como simples hechos materiales a cuya comprobación resulta extraña por razón del valor, la restricción de la prueba testifical; como elementos constitutivos del contrato, tienen siempre la exacta condición de actos jurídicos, sujetos como tales a aquella limitación.

3—La causal de casación que consagra el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no puede tener 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 alguno de los puntos sobre que versa la controversia.

Esta causal no es, por tanto, procedente contra una sentencia que es totalmente absolutoria de la parte demandada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí demandó el señor Rosendo López Espitia a Ana Gil de Bernal y Gregorio Bernal, para que previa la tramitación correspondiente al juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones:

Primera. Que a fines de enero y principios de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, demandante y demandados acordaron en el Municipio de Umbita un contrato de sociedad de hecho, con el fin de comprar a Gustavo Escobar y Dora Hernández de Escobar un lote de terreno ubicado en la vereda de “Altamizal” de dicha jurisdicción, y por la suma de mil pesos (\$ 1.000.00) de los cuales los demandados suministraron trescientos cuarenta, y el actor los seiscientos sesenta

pesos restantes, debiendo ser la venta aceptada por aquellos en su nombre y en el de López, para luego hacerle a éste la escritura de la parte correspondiente al precio por él aportado;

Segunda. Que en desarrollo de dicho pacto López recibió de la señora Gil de Bernal, como titular del dominio que Escobar le transmitiera por escritura número 607 de 14 de febrero de 1944 de la Notaría 4ª de Bogotá, una parte del inmueble, delimitada como allí mismo se expresa;

Tercera. Que en consecuencia, pertenece (sic) a López la posesión material de este lote;

Cuarta. Que los demandados, y en particular la señora Gil de Bernal como titular del dominio están obligados a transmitir al actor la propiedad de dicha parte, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura;

Quinta. Que asimismo están obligados a indemnizarle la suma de \$ 1.000.00, o la que pericialmente se fije en el juicio, por concepto de los perjuicios que le han ocasionado con la perturbación en el goce pacífico del inmueble; y

Sexta.—Que se les condene al pago de las costas procesales.

En subsidio de estas súplicas, demandó las siguientes:

1ª Que los demandados le deben solidariamente, la suma de \$ 660.00, junto con los intereses legales correspondientes desde el mes de enero de 1944 hasta cuando el pago se verifique;

2ª Que se les condene a pagarle la suma de \$ 300.00 o la que pericialmente se fije en el juicio, por concepto de los perjuicios que recibió con la perturbación en la posesión del inmueble y con el incumplimiento de la obligación de otorgarle la correspondiente escritura; y

3ª Que se les condene al pago de las costas del juicio.

Como antecedentes de esta demanda se invocaron los siguientes:

“a) Antes de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro, Jenaro Moreno, Gregorio Bernal y Ana Gil de Bernal habían prometido comprar a Gustavo Escobar y a su esposa Dora Hernández de Escobar el terreno especificado y delimitado en la súplica primera de la demanda; pero como hubiesen transcurrido tres años, poco más o menos, y Gregorio Bernal y Ana Gil de Bernal no hubiesen completado el precio del inmueble —que era de mil pesos— resolvieron proponerle a mi poderdante, Rosendo López, que diera los seiscientos pesos (\$ 600.00) que les hacían falta, que una vez que Gustavo Escobar y señora les

hubiesen hecho la escritura en Bogotá, vendrían, amojonarían, delimitarían y le entregarían un lote de terreno equivalente a esta suma, sin perjuicio también de otorgarle la escritura correspondiente;

“b) Esta propuesta fue aceptada por mi poderdante por ahí en el mes de enero del año próximo pasado, y evidentemente, en los últimos días de este mes o en los primeros de febrero del mismo año, Ana Gil de Bernal y Gregorio Bernal recibieron de Rosendo López la suma de seiscientos sesenta pesos (\$ 660.00) convenida;

“c) Completada en esta forma la suma de mil pesos (\$ 1.000.00) que valía el predio delimitado en la súplica primera, Ana Gil y Gregorio Bernal fueron a Bogotá, pagaron este precio a los esposos Escobar y Ana Gil recibió la escritura número 607 del 14 de febrero de 1944, en que consta que Gustavo Escobar vende a aquélla el inmueble aludido;

“d) Al regreso de Bogotá, Ana Gil fuese al predio, y en asocio de Rosendo López, demarcó, amojonó y entregó a éste el lote delimitado o especificado en el numeral segundo de las súplicas principales, entrega que le hizo ante testigos, en los primeros días del mes de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro;

“e) Una vez posesionado mi poderdante del lote que le corresponde y que le fue entregado como resultado de la sociedad pactada con Ana Gil y su esposo, entró a poseerlo materialmente, con ánimo de señorío, directamente en parte, e indirectamente en el resto, hasta que, en el mes de julio del mismo año, la propia Ana Gil resolvió arrepentirse de su buena fe, y, en efecto, le perturbó de hecho la posesión, lo hizo caucionar a él y a sus familiares y arrendatarios, y le privó en definitiva de la propia posesión material que le había dado en el aludido lote.

“f) Al recibir el lote mi poderdante de Ana Gil le prometió que inmediatamente procedería a hacerle la escritura del caso, obligación que no ha cumplido hasta el presente;

“g) Mi poderdante se desprendió de su dinero desde enero o febrero del año próximo pasado; no se ha utilizado de la posesión del lote que le fue entregado por Ana Gil; ha tenido que hacer frente a juicios de policía y a otros, aquí en su Despacho, para defender su dinero o su lote, para lo cual ha tenido que pagar abogado, papel y derechos procesales, y se ha visto obligado a viajar, cada ocho días, desde julio a esta parte, a este Municipio para atender la marcha de los litigios;

ha dejado de percibir intereses correspondientes a la suma erogada; todo lo cual constituye el daño emergente y el lucro cesante que conforma el concepto de los "perjuicios", recibidos por mi poderdante".

Prevía la correspondiente tramitación del juicio, el Juzgado del conocimiento lo decidió por sentencia de 24 de marzo de 1947, negando las pretensiones del actor, y absolviendo como consecuencia a los demandados de los cargos que se les propusieron.

De la anterior providencia apeló la parte actora para ante el Tribunal Superior de Tunja, el cual desató el recurso en sentencia de 31 de agosto de 1948, confirmatoria de la de primera instancia, y con base en los considerandos que siguen:

"Parece inadecuado hablar de **celebración** en una sociedad de hecho (sic); pudiera pensarse que esta clase de sociedades viven y se actúan pero que en ellas no tiene cabida la celebración del contrato en el sentido del previo acuerdo de voluntades expresado por las partes; pero indagando las formas de origen de tal cuasi contrato se llega a otra conclusión, ya que la sociedad de hecho puede ser no sólo el resultado de un comportamiento, de un estado de cosas que crea efectos jurídicos sino también el resultado de un convenio no expresado con las regularidades que la ley exige.

"De dos maneras surge la sociedad de hecho:

"Primero.—Cuando los socios tuvieron la intención y la expresaron en un convenio de constituir la legal y formalmente, pero no cumpliendo (sic) todos los requisitos exigidos por la ley, viene la nulidad del acto.

"Segundo.—Cuando varias personas se conducen de hecho, como si fueran socios, sin que hayan estipulado en forma alguna las condiciones del contrato, la sociedad es creada de hecho.

"En el caso de este litigio, tal como lo relata la demanda se afirma que los presuntos asociados convinieron en constituir la sociedad, esto es celebraron el contrato, pero no se aduce el documento en que se hubiera estipulado ese acuerdo aunque adoleciera de vicios y de irregularidades en su otorgamiento. Lo que se ha pretendido es demostrar con testigos la celebración del convenio de comprar la cosa conjuntamente entre los llamados aportantes y los hechos de la compra y la entrega de parte del inmueble al demandante entendiendo que tales hechos configuran la existencia de la sociedad.

"Si esto es así, es lo que corresponde averiguar

ante todo, esto es si los hechos enunciados, aceptando que estén demostrados, constituyen el estado social.

"Para ello debemos acudir al texto del artículo 2079 del C. C. inspirado en el 1832 del Código Civil Francés y en el 2053 del Chileno.

"La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital y otros efectos en común con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación. "La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". Esta definición de nuestro Código resulta más rigurosa de la que formuló uno de los principales inspiradores del Código Francés, Pothier. Según él "La sociedad es un contrato por el cual dos o varias personas ponen en común ya sea sus bienes, sea su industria, para obtener un beneficio común". Nuestro Código agrega el concepto de especulación y el propósito de constituir una persona jurídica distinta. La sociedad requiere, pues, estos elementos:

"1º—Agrupación de dos o más personas;

"2º—Aportación por parte de cada uno de los socios al patrimonio social;

"3º—Intención de realizar un beneficio común mediante la especulación;

"4º—Participación de cada uno de los socios en los beneficios y pérdidas;

"5º—La intención de que la sociedad forme una persona jurídica distinta".

Procede luego a considerar la forma como los anteriores requisitos pudieron llenarse en el caso **sub-judice**, llegando hasta aceptar los de agrupación de personas y aporte de cada una de ellas a un fondo común. En cuanto a los restantes, agrega lo siguiente:

"¿Qué dicen las pruebas allegadas con relación al propósito que animara a los demandados y al demandante para realizar un beneficio común mediante las especulaciones a que iba a dedicarse la sociedad? Jamás los testigos les oyeron a los contratantes ni esos propósitos pero tampoco los fines propios de la sociedad. Ni siquiera pueden deducirse de los hechos que atestiguan. Simplemente se refieren a la compra del lote que debían hacer y al compromiso de escriturarle una parte a Rosendo López. Ahí en ese solo acto terminaba todo acuerdo. En adelante ni los contratantes iban a especular con el bien adquirido, ni había otras operaciones que constituyeran el giro de la sociedad.

"Tan clara aparece la ausencia de estos elemen-

tos que si el contrato se hubiera realizado tal como dice el demandante que se acordó, una vez hecha la escritura por la Gil o Rosendo, no habría tenido más que hacer la pretendida sociedad, ni habría habido nada que liquidarse. Cada socio habría tenido desde antes la propiedad individual en las porciones del inmueble.

"Trátase aquí del solo acto de la compra del lote y es evidente que esa única y delimitada actuación configura un fenómeno distinto a lo que la definición legal entiende por contrato de sociedad o compañía.

"De la compra de la cosa litigada habría resultado una comunidad entre los condómines pero no una sociedad.

"La 'affectio Societatis' o 'animus contrahendi Societatis' se expresa propiamente en la intención de que la sociedad forme una persona jurídica distinta de los socios 'cuyas actuaciones y cuyos derechos y obligaciones no pueden confundirse con los de cada una de las personas que se asocian'.

"La sociedad, dice Planiol, 'es una persona jurídicamente distinta de los socios individualmente considerados, un nuevo de derechos y obligaciones, con vida, patrimonio y voluntad propios; la sociedad no es una simple reunión de personas sino un ser jurídico'.

"En el caso de autos resalta la carencia de este elemento. Tan no hubo intención de crear la persona social que debía ser en adelante la dueña de su propio patrimonio, que el lote, según el convenio que relatan los testigos, debía escriturarse una vez adquirido por la Gil no a la sociedad sino a los aportantes de su precio y en proporción de lo que habían dado.

"No hubo, pues, intención de crear sociedad. No habrá, por tanto, de despacharse favorablemente la petición primera principal de la demanda y consecuentemente fracasarán las demás principales que le son subordinadas".

Por lo que hace a las peticiones subsidiarias, dice el fallo lo siguiente:

"La primera persigue que se condene a los demandados a pagarle al demandante la suma de \$ 660.00 que se dice recibieron de éste y los intereses devengados desde la fecha del recibo.

"Como premisa indispensable para poder exigir tal prestación se requiere demostrar plenamente el hecho que la genera, esto es: la entrega de los \$ 660.00 hecha por Rosendo López a Ana Gil y su esposo.

"Ante todo hay que determinar si tal hecho puede ser demostrado por testigos.

"Dispone el artículo 1767 del Código Civil que no es admisible la prueba de testigos respecto de una **obligación** que ha debido constar por escrito y el artículo 91 de la ley 153 de 1887 ordena que deben constar por escrito los **actos** o **contratos** que contienen la entrega o promesa de cosa que valga más de \$ 500.00. El artículo 93 de la ley citada exceptúa el caso en que haya un principio de prueba por escrito.

"Es incuestionable que los preceptos citados al hablar de "Obligación" y "contratos" se refieren a manifestaciones de la voluntad hechas con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho, esto es, a 'actos jurídicos' ya sean éstos unilaterales, como el testamento o la aceptación de la herencia, o bilaterales, como en la generalidad de los contratos.

"Pero esas disposiciones no dicen relación a los 'hechos jurídicos', en los cuales, si bien pueden originarse derechos o extinguirse obligaciones, al ejecutarlos no medió la intención de crear los unos o extinguir las otras.

"Tal ocurre en el nacimiento o la muerte que determina el principio y el fin de la persona humana como sujetos de derechos y de obligaciones, o un accidente de trabajo, en los cuales no interviene la voluntad de constituir el vínculo jurídico.

"A los 'hechos jurídicos' no le son aplicables los mandatos de los artículos 1767 del C. C. y 91 de la ley 153.

"Pero la entrega que se dice haber hecho Rosendo López y Ana Gil de los \$ 660.00, fuera con el fin indicado en la demanda o con cualquiera otro que impusiera la restitución, es un 'acto jurídico', ejecutado con el propósito y la intención de crear derechos y obligaciones y por tanto cae bajo la regla de los preceptos citados.

"Por eso el precepto sustantivo exige expresamente que conste por escrito la entrega de cosa que valga más de quinientos pesos (\$ 500.00).

"El único documento escrito que se ha aducido en este caso es la escritura número 607 pero ella no puede tenerse como principio de prueba por escrito de la entrega porque como lo exige el propio texto del artículo 93 de la ley 153, el acto escrito debe emanar del demandado o su representante y hacer verosímil el hecho litigioso, pero en este negocio el contenido de la escritura citada nada dice en relación con la entrega hecha por Rosendo ni constituye un indicio directo de donde pueda deducirse aquélla.

"Conclúyese que no prospera la primera petición subsidiaria.

"En la segunda se pide condenar a los demandados a pagar los perjuicios causados al demandante por haberlo perturbado en la posesión material de un lote, impetración propia de un interdicto posesorio pero completamente extraña al juicio de que aquí se trata, y lo que es más inadmisibles por exigir la ley un procedimiento especial para tales ocurrencias. Sabido es que cuando la ley ha creado una acción especial no puede acudirse a la vía ordinaria.

"No habiendo quedado demostrada la existencia de la sociedad ni habiendo siquiera intentado probar que hubo una promesa de contrato no es dable condenar por los perjuicios causados por no otorgamiento de una escritura que los demandados no aparecen en la obligación de otorgar".

La demanda de casación

Contra este fallo recurrió en casación el señor apoderado del demandante, y sin cumplir con la prevención de que trata el artículo 531 del C. J. sobre resumen de los hechos que son materia de la controversia, cuyo defecto, de haber sido advertido en su tiempo hubiera determinado el rechazo de la demanda, lo hizo objeto de acusación por los siguientes causales y motivos:

"Primero.—Por la falta de apreciación de las pruebas aducidas en las instancias, hecho que determinó la falta de aplicación de los artículos 2079 y 2083 del C. C., pues, al consumarse un auténtico error de hecho en la apreciación de las mencionadas pruebas, se interpretaron mal estas disposiciones sustantivas, lo cual implica, incluso, un patente error de derecho (artículo 520, numeral 1º);

"Segundo.—Por apreciación errónea o error de hecho en la apreciación de las aludidas pruebas, error que llevó al Tribunal a interpretar erróneamente, y en derecho, el significado legal o jurídico de los artículos 2079 y 2083 del C. C., y por consiguiente, a dejar de aplicarlos cabalmente al caso de autos, es decir, por la primera causal del artículo 520 del C. J.;

"Tercero.—Por interpretación errónea, o error de derecho, en la apreciación legal o jurídica de los artículos 1767 del C. C., 91 y 93 de la ley 153 de 1887, es decir, por la primera causal prevista en el numeral primero del artículo 520 del C. J.; y

"Cuarto.—Por no estar la sentencia en conso-

nancia con la petición segunda subsidiaria de la demanda, esto es, por haberse incurrido en la causal segunda prevista en el numeral 2º del citado artículo 520 del C. J."

La Sala considera:

Ante todo se hace necesario advertir, que los dos primeros cargos, tal como han sido propuestos, "falta de apreciación de las pruebas aducidas en las instancias", y "error de hecho en la apreciación de las aludidas pruebas", conllevan en sus propios términos dos conceptos contradictorios; porque si el sentenciador dejó de apreciar la prueba, por el mismo hecho se colocó en la imposibilidad absoluta de acertar o equivocarse respecto del mérito que ella hubiera podido ofrecerle para fundar su juicio. Por esto, e interpretando la Sala el propósito del recurrente, en el sentido de asignarle al segundo el carácter de subsidiario del primero, procede a considerarlos en los términos que a continuación se expresan.

a) Falta de apreciación de la prueba.

Refiere este cargo el recurrente al hecho de haber omitido el Tribunal "el análisis y estudio del acta de las diligencias de 4 de julio de 1944 en donde consta, que ante la querella interpuesta por la Gil, el señor Alcalde de Umbita despojó a López de la posesión que le había dado de un lote proporcional al aporte para la asociación y cuyo dominio transfería posteriormente", y de cuyo contenido aparece demostrado "un hecho de comportamiento, constitutivo o indicativo de la real existencia de la asociación"; el estudio, análisis y apreciación del dicho de Marcos Rubio, Jenaro Moreno, Eufasio Moreno, Jesús Casallas, Bernardo Moreno, etc., cuando declaran, "que en uno de los primeros días del mes de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro la Gil, después de medir, amojonar y alinderar un lote de terreno comprado con los aportes en asocio de López, le entregó materialmente éste en una parte proporcional a su aporte de seiscientos sesenta pesos, y que en el acto de esa entrega, aquélla prometió a éste que posteriormente le otorgaría la correspondiente escritura....; que en uno de los primeros días de enero de 1944 el demandante y los demandados convinieron, o acordaron, o pactaron que comprarían un terreno al señor Gustavo Escobar en la suma de mil pesos, contribuyendo el primero con \$ 660.00 y los segundos con \$ 340 que luego iría la Gil a Bogotá a recibir la correspondiente escritura; que a su regreso y después de medir, amojonar y delimitar los lotes que habían de corresponder a es-

tos asociados, la Gil entregaría a López un lote proporcional a su aporte y le otorgaría la escritura, debiendo liquidarse la sociedad; y cuando atestiguan "sobre la confesión que hicieron los demandados de haber recibido de Rosendo López la suma de \$ 660.00 para comprar el predio a Gustavo Escobar, recibir la Gil la escritura en Bogotá, regresar de allí y entregar y escriturar el lote proporcional al mencionado López". Y finalmente la misma escritura número 607 de 14 de febrero de 1944 por medio de la cual la Gil, en cumplimiento del contrato adquirió de Escobar el inmueble referido. Todo lo cual, estima el recurrente, comprueba la auténtica conformación de la sociedad o asociación, o al menos, hechos de comportamiento de que claramente se deduce su existencia.

La Sala observa:

Según lo tiene repetido la Jurisprudencia y lo recuerda el Tribunal sentenciador, "Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así: Primera.—Las que se forman por virtud de un consentimiento **expreso** y que, por falta de uno o varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales. Segunda.—Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.

"Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase —que los expositores llaman **sociedades creadas de hecho** o por los hechos— no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción".

Ahora bien. En el caso de que trata este pleito, la controversia se halla dirigida a que se declare formalizada la primera de estas dos sociedades, en razón del acuerdo expreso a que en el mes de enero de 1944 llegaron demandante y demandado, y el que, por falta del lleno de los requisitos que la ley exige, no alcanzó a la categoría de persona jurídica distinta de la de los socios individualmente considerados, sino la de simple sociedad de hecho, tal como lo propone la primera

y principal petición de la demanda, de la cual las restantes son simples consecuencias. Luego al pretenderse ahora que la existencia social se reconoce, no ya con base en el acuerdo expreso de las partes, sino en el simple **estado de comportamiento** del que ha de deducirse un acuerdo implícito, lo que se plantea en el fondo es una modificación o cambio sustancial en los términos de la demanda, que el fallador no podía ni puede legalmente admitir.

De otra parte, de los elementos probatorios por cuya falta de apreciación se acusa la sentencia, su texto solamente omite la resultante del acta de entrega efectuada por el Alcalde de Umbita el día 4 de julio de 1944. Pues que, como aparece de la transcripción que de lo pertinente del fallo se hizo en otro lugar, el Tribunal encontró que "jamás los testigos le oyeron a los contratantes ni esos propósitos (los de asociación) pero tampoco los fines propios de la sociedad. Ni siquiera pueden deducirse de los hechos que atestiguan. Simplemente se refieren a la compra del lote que debían hacer y al compromiso de escriturarle una parte a Rosendo López".

Como encontró, respecto de la escritura, que allí se trata "del solo acto de la compra del lote y es evidente que esa única y delimitada actuación configura un fenómeno distinto a lo que la definición legal entiende por contrato de sociedad o compañía".

Y esa acta de entrega, no sólo no comprueba el acuerdo expreso demandado, sino que tampoco demuestra el pretendido comportamiento, de que pudiera deducirse aquel acuerdo. De ella solamente aparece: que se identificó el inmueble por los linderos que describe la escritura a virtud de la cual Gustavo Escobar se lo vendió a la señora de Bernal; que requeridos los señores Antonio López, Bernardo Molina y Antonia Casallas, esposa de Rosendo López, para que exhibieran los comprobantes legales del derecho de propiedad que tuvieran sobre dicho inmueble, manifestaron los dos primeros estar en posesión de la parte que allí mismo se delimita, "por contrato que hicimos... con el señor Rosendo López, cuyo documento no presentamos porque está en el Juzgado Primero Municipal"; que lo adquirieron de éste, "en vista de que presenciaron la compra que él hizo a la señora Anita Gil y Gregorio Bernal por la suma de seiscientos sesenta pesos m. l.; que la señora Casallas de López manifestó haber adquirido junto con su esposo Rosendo "por la suma de setecientos pesos m. l.... pero nuestros

vendedores no nos quisieron hacer promesa de contrato legal ni menos escritura; y que la Alcaldía teniendo en cuenta el título presentado por la señora Gil de Bernal, y que los señores Rosendo y Antonio López y Bernardo Molina "no presentaron título alguno que los acreditara tener derecho a la posesión del lote de terreno que alinderan (sic) de lo cual se desprende lógicamente, que penetraron por vías de hecho a tal fundo", decidió lanzarlos, conminándolos con multa de 10 a 50 pesos a fin de que en lo sucesivo se abstengan de volver a interrumpir en la posesión a la señora Gil de Bernal.

Nada de lo cual establece siquiera, como lo pretende el recurrente, hecho alguno de comportamiento constitutivo o indicativo de la existencia de la sociedad, puesto que no lo es ni puede serlo la presentación de la escritura de compra con que la señora de Bernal acreditó su derecho al inmueble, único acto personal suyo en el curso de aquella diligencia.

El cargo es, por consiguiente, infundado.

b) Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

Sobre la base de no ser necesaria la prueba escrita para la comprobación de las sociedades civiles y de hecho, sostiene el recurrente hallarse establecido con las pruebas de que trata el cargo anterior y que el Tribunal consideró superficialmente;

a) Que en los primeros días de enero de 1944, las partes convinieron en asociar su capital en la empresa de adquirir un predio, para repartírselo después en partes proporcionales a sus aportes;

b) Que asimismo se acordó, que el aporte de \$ 660.00 que pagaba López sería percibido por los esposos Bernal-Gil para completar con los \$ 340.00 que éstos debían suministrar, el precio de la compra;

c) Que en poder de la señora Gil esta suma, viajaría ella con su esposo a Bogotá, a solemnizar el negocio con Escobar;

d) Que perfeccionado así el contrato, los interesados procederían a partir el predio "o utilidad común" en los lotes proporcionales haciéndole luego a López la escritura que a éste le correspondía, y de la que luego fue injustamente, lanzado, negándose además a otorgar la respectiva escritura.

Por no haberle dado a la prueba de tales hechos el significado jurídico que les correspondía,

concluye el recurrente, incurrió el Tribunal "en grave error de hecho, o en grave error de derecho, errores que comportan falta de aplicación de los artículos 2079, 2081 y 2083 del C. C."

Se observa:

De las anteriores pruebas que el recurrente estima como erróneamente apreciadas por el Tribunal, la Sala se limita a considerar las declaraciones de Visitación y Jesús Casallas, Jenaro y Eufasio Moreno, porque destinadas las restantes a demostrar un simple estado de comportamiento extraño a los términos como se planteó la demanda, son ellas las únicas de que podría deducirse directamente la formalización del acuerdo social que el Tribunal desechó, según lo sostenido en el recurso:

Visitación Casallas dice: "Presencí y oí que en uno de los primeros días de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro, cuya fecha precisa no recuerdo, Gregorio Bernal y Anita Gil estaban acordando un contrato de compraventa de un terreno de Altamisal de jurisdicción de Umbita, pero no me cercioré del alcance del negocio".

Jenaro Moreno, después de manifestar no constarle cosa alguna sobre la celebración del contrato, agrega: "Es verdad y me consta por haberlo oído entre sus conversaciones entre Rosendo López y Ana Gil y Gregorio Bernal, que López le había dado a Ana Gil la suma de seiscientos sesenta pesos por concepto de dicho contrato, pero no vi entregar la mencionada suma... Que Ana Gil y Gregorio Bernal se comprometieron a que inmediatamente que Ana Gil recibiera la escritura de Gustavo Escobar, le otorgaría a López la escritura correspondiente y a señalarle con sus respectivos mojones el lote proporcional de los seiscientos sesenta pesos"; que en uno de los primeros días de marzo siguiente, se hizo la delimitación de este lote que la Gil entregó a López, y que luego éste arrendó al declarante, a Bernardo Molina y a Antonio López, declarando en aquel acto la señora de Bernal, que dicho lote era de propiedad de Rosendo López y sólo faltaba el otorgamiento de la correspondiente escritura.

A Eufasio Moreno y Jesús Casallas les consta por haberlo visto y oído, que en uno de los primeros días de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro, López y los esposos Gil-Bernal celebraron un contrato "que consistió en que Bernal y Gil contratarían con don Gustavo Escobar la compra para todos tres de un predio ubicado en la vereda de Altamisal... por la suma de mil pesos moneda corriente, precio que convinieron pagar

así: trescientos cuarenta pesos (\$ 340.00) Gregorio Bernal y Ana Gil y seiscientos sesenta pesos (\$ 660.00) Rosendo López"; no le consta al primero aun cuando sí al segundo, que López hubiera entregado esta última suma, pero "oí decir que don Rosendo entregó ese dinero y que Gil y Bernal la declararon recibida"; que éstos se obligaron a que una vez que la Gil recibiera la escritura de Escobar, le demarcarían, entregarían y escriturarían a López una parte proporcional a la suma suministrada por éste, como al efecto lo hicieron luego, quedando apenas pendiente la escritura; y que fue a virtud de dicha entrega como López procedió posteriormente a arrendar la parte recibida por él.

Como se ve, del contenido de estas declaraciones no aparece, conforme a lo sostenido por el Tribunal, que en el ánimo de las partes hubiera estado la formalización de un contrato de sociedad; para el cual, se ha dicho, son requisitos esenciales la voluntad de asociarse y un fin concreto de especulación en común, que por parte alguna aparecen comprobados a través de estos testimonios. Más exactamente podría deducirse del dicho de estos declarantes, la conformación o acuerdo de un mandato sin representación, a virtud del cual los esposos Gil-Bernal se obligaron para con López a adquirir en propio nombre el inmueble y a transmitirle luego el dominio de una parte proporcional a la suma que éste había suministrado para adquirirlo, supuesto el deber en que se encontraban de hacerle el traspaso antes de que la comunidad así formada pudiera adelantar ninguna explotación, pero ni enajenarlo siquiera a un tercero, para distribuirse entonces las pérdidas o ganancias resultantes de una cualquiera de aquellas operaciones.

No es, por consiguiente, fundado este cargo.

Tercer cargo

"Interpretación errónea, y por consiguiente, aplicación indebida de los artículos 1767 del C. C. y 91 y 93 de la ley 153 de 1887".

Para sustentarlo dice el recurrente: "La entrega del aporte, o el suministro del aporte, o la prestación moral, industrial o intelectual en una sociedad, no es un acto jurídico, sino un hecho jurídico, que, por consiguiente, no debe, no puede estar normado por estas disposiciones. Con todo, el Tribunal, interpretando erróneamente estas

disposiciones, ha regido el fallo por ellas, con lo cual la sentencia las ha violado directamente, incurriendo en la causal prevista en el numeral primero del artículo 520 del C. J.

"Al prescribir el artículo 1767 del C. C. que 'No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito'; al ordenar el artículo 91 de la ley 153 de 1887 que 'Deberán constar por escrito los actos o contratos (subráyase) que contienen la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de quinientos pesos' y al decir el artículo 92, ibidem, que 'Al que demanda una cosa que valga más de quinientos pesos de valor no se admitirá prueba de testigos, aunque limite a este valor la demanda', han querido referirse —como lo estatuye expresa y claramente— a los actos jurídicos, mas no a los hechos jurídicos, que son los fundamentos de la demanda de autos. De aquí que la propia sentencia acusada afirme que a los 'hechos jurídicos no les son aplicables los mandatos de los artículos 1767 del C. C. y 91 de la ley 153 de 1887', para concluir, en la parte resolutive, en consonancia con la violación de esta interpretación y de estos mandatos positivos y claros...".

La Sala considera:

La restricción de la prueba testimonial para "los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos" se refiere, como muy bien lo anota el recurrente, a los hechos jurídicos o sea, a aquellos que por producirse con el concurso ajeno, son capaces por sí mismos, de crear relaciones personales, o de modificar o extinguir las que ya existen; en contraposición a los simples hechos materiales de una persona, y que aun cuando susceptibles de producir consecuencias jurídicas, son del todo ajenos a la acción del tercero a quien afectan.

"El Legislador —dice el profesor Francisco Ricci— quiere inducir a los ciudadanos a procurar se la prueba escrita de sus negocios o asuntos que excedan en valor de 500 liras y para ello es ante todo necesario, que al procurarse tal prueba sea posible no pudiendo razonablemente suponerse que el legislador quiera un imposible. Ahora esta posibilidad no sólo existe cuando se trata de verdadero y propio contrato, sino también cuando se está a presencia de un hecho jurídico que, aun-

que no constituye en rigor una convención, sin embargo, por haber consentido en él las partes, puede crear una relación jurídica o modificar o extinguir una preexistente. Así, pues, todos los hechos jurídicos capaces por sí mismos de dar vida o relaciones personales o modificar las existentes se comprenden entre las convenciones de que habla el artículo 1341, por lo que tales hechos siempre que su objetivo tenga un valor superior a 500 libras, no pueden probarse por medio de testigos.

"Existen otros hechos puramente materiales que si pueden producir cualquier relación jurídica, no pueden, sin embargo, revestir el carácter de hechos jurídicos, en cuanto son obra de una sola de las partes, quedando la otra extraña a ellos; con referencia a estos hechos no puede aplicarse la prohibición, por no ser posible que yo me procure la prueba escrita de un hecho de otro, respecto del cual soy extraño por completo. A veces el hecho puede presentarse como el complemento de otro hecho jurídico, y en tal caso no puede ser considerado independientemente de este último. Trátase, por ejemplo, de demostrar si el marido ha autorizado a su mujer para un contrato dado; ¿puede semejante hecho comprenderse en la categoría de los simples, respecto de los cuales es siempre admisible la prueba por testigos? No, toda vez que la autorización del marido es exigida para completar la capacidad jurídica de la mujer contratante; así, el hecho de habersele concedido o no, se liga de tal manera con la convención, que no puede separarse, como no puede separarse de ella el hecho de haber prestado una de las partes contratantes el consentimiento". (Tratado de las Pruebas. Tomo I, número 177).

Así las cosas, no cabe entonces sostenerse que los actos por medio de los cuales ha de conformarse un contrato cualquiera, como sucede en este caso con el de la entrega de la parte del precio con que el demandante señor López contribuía a la compra del lote, para que se le restituyera luego mediante una cuota proporcional en el mismo, puedan nunca considerarse como simples hechos materiales a cuya comprobación resulta extraña por razón del valor, la restricción de la prueba testifical; como elementos constitutivos del contrato, tienen siempre la exacta condición de actos jurídicos, sujetos como tales a

aquella limitación, según lo entendió rectamente el sentenciador de instancia.

El cargo, es por consiguiente infundado y debe rechazarse.

Cuarto cargo

Inconsonancia del fallo con la petición segunda subsidiaria de la demanda.

Se funda en que demandada la condena al pago de perjuicios y a la devolución del aporte, como consecuencia de la perturbación que sufrió López en la posesión o tenencia del lote que le fue entregado, el sentenciador la negó dándole a dicha solicitud el carácter de una acción posesoria que no tiene, con lo cual vino a decidir "en discordancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Se considera:

"La causal alegada que es la que consagra el numeral segundo del artículo 520 del C. J., ha dicho la Corte, no puede tener 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 alguno de los puntos sobre que versa la controversia. En el presente caso el Tribunal se expresa así en la parte resolutoria de la sentencia: "Segundo: Se absuelve a la parte demandada de los cargos contra ella formulados, así en la demanda principal como en la subsidiaria". Por esta transcripción se ve que el Tribunal desató la litis, no sólo respecto de la acción principal, sino también de la subsidiaria, y es sabido que es la parte resolutoria de una sentencia la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas, emanadas de la sentencia, entre las partes. La parte motiva es la base de la resolutoria y sirve para su interpretación. Quiere esto decir que si en la parte motiva ha habido errónea apreciación de los hechos o falta de estimación de las pruebas, con lo cual se haya producido la violación de la ley sustantiva, la causal de casación por este motivo no es la consagrada por el numeral segundo del artículo 520 citado, sino otra muy distinta". (Casación de 30 de noviembre de 1935).

En el caso de autos, se ha dicho, el Tribunal confirmó en todas sus partes la sentencia de pri-

mer grado que absolvió a los demandados de los cargos de la demanda; lo cual quiere decir que su decisión, no obstante hallarse en desacuerdo con las pretensiones del actor, guarda absoluta consonancia "con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", lo cual la hace insusceptible de ser atacada con fundamento en la causal segunda que se examina.

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, NIEGA LA CASACION de la sentencia de trein-

ta y uno (31) de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) dictada por el Tribunal Superior de Tunja en este negocio.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas.
Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.
El Secretario, Hernando Lizarralde.

LA ACCION EJERCIDA EN UN JUICIO NO DEBE DESESTIMARSE POR FALTA DE PRUEBA DE HECHOS QUE NO VAN A SER OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO NI LO HAN SIDO DE CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES. — OBJETO Y ALCANCE DE LA LIQUIDACION PROVISIONAL AUTORIZADA POR EL ART. 7º DE LA LEY 28 de 1932

1—Si el objeto del juicio no es la existencia o nulidad del matrimonio, acerca de la cual no existe controversia entre las partes, sino la validez o nulidad del contrato por el cual se llevó a cabo la liquidación provisional de la sociedad conyugal, o la lesión enorme que tal contrato implica, la falta de prueba legal del matrimonio, no debe conllevar la desestimación de la demanda por ausencia de uno de sus presupuestos fundamentales.

En efecto, el artículo 472 del C. J. ordena a los jueces tener en cuenta “que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva”, y que por consiguiente “con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho”. Significa esto que no se debe sacrificar el derecho reconocido por la ley sustantiva a formalidades que la ley procesal no ha considerado como esenciales, y también que el ejercicio de la acción no debe desestimarse por falta de pruebas de hechos que no van a ser objeto del pronunciamiento ni lo han sido de controversia entre las partes.

2—La recta interpretación del artículo 7º de la Ley 28 de 1932 lleva a concluir que la facultad de liquidar provisionalmente las sociedades preexistentes a la vigencia de esa ley, se refiere exclusivamente a la distribución de bienes sociales de los cónyuges y de ganaciales existente en el mismo momento de entrar en vigor. Porque el artículo 1º de la Ley es terminante cuando dispone que los bienes que se adquieran a partir de tal momento, se someten al régimen de administración y disposición consagrado por el nuevo estatuto; es decir, que cada cónyuge administra y dispone libremente de es-

tos bienes. La liquidación provisional tiene por objeto permitir que cada cónyuge reciba su parte para sobre ella ejercer las facultades independientes que le otorga el artículo 1º de la Ley, luego mal puede aplicarse a bienes que por mandato de la misma ley, necesariamente están sujetos al régimen de dicho artículo. Tal liquidación sería innecesaria y redundante, y en el fondo significaría la pretensión de producir por medio de un contrato efectos ya causados a virtud de mandato legal, en el caso de que la liquidación se limitara a distribuir los bienes propios de cada cónyuge; y si con tal contrato se pretendiese transferirle a uno de los cónyuges bienes adquiridos por el otro a título oneroso, como tales bienes no están sujetos al régimen de sociedad conyugal anterior, desde luego que pertenecen al cónyuge adquirente, en la práctica se estaría realizando una operación completamente distinta a la prevista y autorizada en el artículo 7º de la Ley.

El legislador de 1932 no pretendió autorizar la distribución de posibles gananciales respecto de bienes adquiridos con posterioridad, sino apenas facilitar la manera de ponerle término a la situación jurídica que el régimen anterior establecía para los bienes adquiridos bajo su vigencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por medio de apoderado Dolores Montoya instauró acción ordinaria ante el Juez del Circuito Civil de Armenia para que por sentencia firme se hagan en contra de Ciro Cañón y Pedro Pablo

Gómez, las siguientes declaraciones: "a) Que es nulo, de nulidad absoluta, por falta de causa y falsa causa el contrato contenido en la escritura número cuatrocientos cincuenta y tres de trece de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, pasada en la Notaría Segunda de este Circuito, y que no existiendo hecho jurídico o título suficiente para acreditar la comunidad o sociedad de bienes respecto a los que fueron divididos, indivisibles provisoriamente de conformidad con la letra y el espíritu de la Ley 28 de 1932, el tal acto carece de validez jurídica para transmitir el dominio de los que dice poseer hoy el demandado. b) Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de que da cuenta la supracitada escritura, por objeto ilícito, ya que al estar dicho acto expresamente prohibido por la ley, su validez y legalidad están implícitamente viciados; c) Que como consecuencia, de la nulidad, declarada por uno u otro motivo de los ya solicitados, se condene al demandado Ciro Cañón, a restituir a mi mandante, Dolores Montoya, los bienes relacionados en el punto segundo de este libelo, a los numerales a) y b), libres de todo gravamen constituido por la demanda, dentro del término preciso que le fije la sentencia. d) Que en consecuencia, es nulo, el gravamen real hipotecario constituido por medio de la escritura número 2004 de 19 de diciembre de 1944, de la Notaría Segunda de Armenia. e) Que se condene en costas al demandado.

"En subsidio, de las anteriores solicitudes, atentamente, solicito de usted hacer las siguientes declaratorias: a) Que es rescindible por lesión enorme, el contrato de liquidación de bienes sociales entre los esposos, Ciro Cañón y Dolores Montoya, contrato otorgado por medio de la escritura número 453 de 13 de abril de 1944, otorgada en la Notaría Segunda de Armenia. b) Que en consecuencia, el señor Ciro Cañón, está obligado a restituir a mi mandante, dentro del término preciso que se fije en la sentencia, y en el evento de no allanarse a efectuar las compensaciones que prescribe la Ley, los inmuebles alindados a las letras a) y b) del numeral segundo de los hechos del libelo, libertados del gravamen real hipotecario de que da cuenta la escritura número 2004 de 19 de diciembre de 1944, otorgado en la Notaría Segunda de Armenia, cuya nulidad consecuencial, deberá declarar usted. c) Que se condene en costas a los demandados. Que como consecuencia de la nulidad, declarada por uno u otro motivo de los ya solicitados, se declare

que el dominio de los inmuebles alindados a las letras a) y b) del numeral segundo de la parte motiva, pertenece a la actora, Dolores Montoya; Adiciono la acción subsidiaria, así: Que como consecuencia de la rescisión solicitada, se declare que el dominio de los inmuebles alindados a las letras a) y b) del numeral segundo de la parte motiva, pertenece a la actora, Dolores Montoya".

Los hechos en que fundamenta la demanda se resumen así: Dolores Montoya y Ciro Cañón contrajeron matrimonio católico en el año de 1927, aproximadamente. De 1938 en adelante la actora adquirió a título oneroso varios inmuebles. En abril de 1944 los esposos Cañón-Montoya hicieron liquidación provisional del patrimonio de la sociedad conyugal, por medio de escritura pública otorgada en la Notaría Segunda de Armenia. Según consta en dicho instrumento, dos de los tres bienes raíces adquiridos por la mujer fueron adjudicados al marido, habiéndose fijado un valor de \$ 1.000 a la cuota que correspondió a cada uno de los contratantes. A juicio de la actora, el contrato de liquidación citado carece de causa y tiene objeto ilícito, porque los bienes materia de la liquidación fueron comprados por ella con posterioridad al 1º de enero de 1933, y de conformidad con lo preceptuado en la Ley 28 de 1932 "no son susceptibles de liquidación provisional sino de liquidación definitiva, bien dentro de la acción simple de separación de bienes, o por disolución del vínculo matrimonial". De otra parte, como a la fecha de la celebración del contrato el inmueble adjudicado a la esposa valía menos de la mitad del valor de todos los bienes comprendidos en la liquidación, y además éstos no tenían el carácter de gananciales por cuanto la cónyuge los adquirió con posterioridad a la vigencia de la Ley 28, "se echa de menos en el contrato la existencia de contraprestación por parte del otorgante Cañón". El señor Pedro Pablo Gómez otorgó al demandado un préstamo hipotecario por valor de \$ 4.000, que grava uno de los inmuebles adjudicados a éste en la liquidación provisional; por tal motivo y para que no quede obligada a cancelar el crédito, considera la demandante que el acreedor hipotecario debe figurar en el pleito.

A la demanda se acompañaron las declaraciones, —recibidas extra juicio— de Sinforoso Muñoz y Ana Julia Calderón de Muñoz, quienes dicen que fueron los padrinos del matrimonio que in artículo mortis contrajeron Ciro Cañón y Dolores Montoya, bendecido por un sacerdote cató-

lico que se llevó para el efecto de la población de Montenegro a uno de los campamentos del Ferrocarril de Caldas, situado entre las estaciones de Quimbaya y Alcalá, hace unos diez y ocho años aproximadamente. Agregan los testigos que Cañón y la Montoya se han tratado como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales, habiendo sido la Montoya recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido y por el vecindario de su domicilio en general, lo que les consta por haberlo presenciado durante un lapso mayor de diez años. Estas declaraciones se trajeron en calidad de prueba supletoria, puesto que la partida correspondiente al matrimonio no fue hallada, según los certificados de los Curas Párrocos de Alcalá, Quimbaya y Montenegro, acompañados también a la demanda.

El demandado Cañón contestó el libelo por medio de apoderado "aceptando algunos hechos, negando otros, oponiéndose a las pretensiones de la actora tanto en sus peticiones principales como en las subsidiarias, solicitando condenación en costas, y proponiendo las excepciones de "Caren- cia de personería sustantiva o falta de titula- ridad para demandar", "Imprudencia de la acción por tratarse de un contrato bilateral que sólo es anulable por la voluntad unánime de las partes", y "La que resultare del hecho de haber manifestado la demandante en forma espontánea y expresa, extrajudicialmente ante funcionario público, todo lo contrario a lo que alega ahora, teniendo en cuenta para ello que lo expuesto por ella no fue ocasionado ni por violencia, ni por despojo jurídico". Agregó además el demandado que como tiene mejoras de gran valor hechas a sus expensas y es poseedor de buena fe, reclama en su favor el derecho de retención y el mayor valor del terreno por razón de esas mejoras y del tiempo transcurrido, "para el evento increíble de una sentencia desfavorable, o mejor, para el caso de que prosperase la acción". El primer hecho de la demanda lo respondió: "Así aparece de la prueba acompañada, por lo tanto es cierto". Es decir, el matrimonio.

Pedro Pablo Gómez, por su parte, se opuso a todas las pretensiones de la demandante, negó el derecho invocado por ella y propuso como excepción ser un tercero con título legal, haber contratado con el poseedor inscrito y tener causa la obligación hipotecaria correspondiente.

Al absolver un pliego de posiciones durante el término probatorio de la primera instancia, Ciro Cañón fue preguntado así: "¿Cómo es verdad, si

o no, que hace aproximadamente unos diez y ocho años, le fue administrado a usted y a mi mandante el sacramento del matrimonio, por un sacerdote católico de la Parroquia de Montene- gro, administración que fue hecha en el campo, a inmediaciones de Quimbaya y Alcalá? Contes- tó: Es cierto, aunque el sacerdote no fue de Mon- tenegro sino de Alcalá" (Fl. 4, cuaderno N° 2). Por su parte, el apoderado de Ciro Cañón hizo a Dolores Montoya las siguientes preguntas en un pliego de posiciones que ésta debía absolver y que envuelven la aceptación de dicho matrimonio: "Diga la absolvente, bajo la gravedad del jura- mento, ¿cómo es cierto, sí o no, que usted no aportó bienes al matrimonio existente con el se- ñor Ciro Cañón? Diga la absolvente, bajo la gra- vidad del juramento, ¿cómo es cierto, sí o no, que usted no ha heredado bienes después del matrimonio celebrado con el señor Ciro Cañón?" (Fl. 1 v. y 2, cuaderno N° 3).

Practicadas las demás pruebas que las partes solicitaron, el Juez del conocimiento consideró que no era el caso de hacer ninguna de las decla- raciones solicitadas, y así lo expresó en la parte resolutive del fallo.

La sentencia recurrida

Apelada la decisión anterior, el Tribunal Su- perior del Distrito Judicial de Pereira puso tér- mino a la instancia con el fallo fechado el 14 de noviembre de 1947, por medio del cual confirmó la sentencia proferida por el Juez a quo, adicio- nándola para absolver expresamente a los de- mandados de los cargos que contra ellos se for- mularon.

La parte motiva de la providencia contiene las siguientes, tesis: "Es verdad que el estado civil de las personas es asunto ajeno a este pleito, en donde solamente se está pidiendo la nulidad o la resolución por lesión enorme de una partición celebrada entre cónyuges con posterioridad al año de 1933 y sobre bienes adquiridos también posteriormente a este año, pero no puede negar- se que la prueba vital o esencial para el éxito de la acción que se ejercita en el libelo consiste precisamente en acreditar plenamente la existen- cia de la sociedad conyugal de los señores Ciro Cañón y Dolores Montoya. Porque no puede per- derse de vista que el acto jurídico cuya invalidez se pide fue celebrado sobre la única base y ante la consideración única de la existencia de esa so- ciedad conyugal, y para regular relaciones entre

cónyuges. Por eso esta entidad es lo primero que salta a la vista en la consideración del fallador, como puerta de entrada al fondo de la litis propuesta". "La prueba supletoria traída al juicio sería de recibo y demostraría el matrimonio eclesiástico de los señores **Ciro Cañón** y **Dolores Montoya**, si esas declaraciones se hubieran hecho ratificar dentro del término probatorio de la primera o de la segunda instancia de este juicio, pues si bien fue pedida en la primera, y decretada en tiempo, no se practicó (Véase fs. 1 vto. cuad. 2)". "Pero podría argumentarse que por el hecho de haber aceptado el demandado, al contestar el libelo, que el matrimonio sí se celebró y que de otro lado no impugnó la prueba acompañada por el actor para establecer el estado civil de casados entre él y la demandante, debe tenerse como plenamente demostrada la existencia de la sociedad conyugal **Cañón-Montoya**". "Estima la Sala que la existencia de un matrimonio no depende en su validez y eficacia probatoria de la confesión de uno de los miembros de la presunta sociedad conyugal, porque la Ley establece de manera taxativa los medios de prueba necesarios para demostrar el matrimonio legítimo como acto jurídico generador del estado civil de las personas, y los dos testimonios de nudo hecho acompañados con la demanda serían suficientes, dada la calidad de los deponentes y su unidad en cuanto a tiempo, modo y lugar, si se hubiera llenado el requisito legal consignado en el artículo 693 del C. Judicial, sin el cual no pueden apreciarse en un juicio de la categoría del presente. Si se aceptara que cuando el demandado no impugne la prueba testimonial extrajuicio que el demandante acompañe con la demanda, no se hace necesaria ya su ratificación, se violaría la norma señalada por la doctrina y la jurisprudencia nacional".

Uno de los Magistrados (el doctor **Agustín Santacoloma**) fue de parecer que el Tribunal debía entrar en el estudio de fondo de la demanda, y en su salvamento de voto se encuentran los siguientes conceptos: Debe dejarse de lado "la cuestión del estado civil de las partes, la cual no solamente no ha sido objeto de controversia, sino que fue reiteradamente aceptada por ellas". "Acepto con la mayoría de la Sala que "la existencia de un matrimonio no depende en su validez y eficacia probatoria de la confesión de uno de los miembros de la presunta sociedad conyugal". Pero mi inconformidad con el concepto de la mayoría no se funda en que yo considere su-

ficiente la confesión como prueba sobre el estado civil de las personas, sino en que, por no referirse la controversia suscitada en este pleito a la existencia o inexistencia de la sociedad conyugal, la aceptación reiterada de **Ciro Cañón** de que entre él y la demandante existe esa sociedad, excluye lógicamente del debate tal cuestión". Pero, aún suponiendo cierta la tesis expuesta en la sentencia de que la prueba vital o esencial para "el éxito de la acción" consiste en acreditar la existencia de la sociedad conyugal, opina el suscrito Magistrado, y así hubo de manifestarlo en los debates, que en el caso de autos sobraba o era innecesaria la ratificación de las declaraciones de quienes dicen haber presenciado como padrinos el matrimonio de **Cañón** con la **Montoya**, precisamente por haber sido aceptadas de manera expresa tales declaraciones por la contraparte en la contestación de la demanda. Porque si el objeto de la ratificación de declaraciones recibidas extrajuicio es el de que la parte contra quien se presentan pueda tacharlas o desvirtuarlas por medio de repreguntas a los testigos, no se ve la razón para que se haga indispensable la ratificación cuando la contraparte acepta **ab initio** y en forma incondicional tales declaraciones. En casos excepcionales como el de autos, me parece que no hay inconveniente en estimar el mérito de las declaraciones, sin que pueda entonces decirse que se convierten ellas en prueba de confesión, puesto que su intrínseco valor probatorio no dependería de la previa aceptación de la contraparte, sino de la forma en que se acomodaran a los requisitos legales de la prueba oral. Entonces, aun cuando los hechos narrados por los testigos no sean susceptibles de prueba por confesión, opino que deben tomarse en cuenta las declaraciones, en virtud de la renuncia lícita de la contraparte al derecho de controvertirlas".

El recurso

De la sentencia del Tribunal ha recurrido la demandante en casación. Después de agotado el trámite legal corresponde a la Sala decidir, previo el estudio de los cargos que se sintetizan a continuación.

Primer cargo. El Tribunal violó la ley sustantiva por aplicación indebida y falta de aplicación al caso **sub iudice**. "La personería sustantiva para actuar en este juicio, la derivan **Dolores Montoya** y **Ciro Cañón**, del hecho de haber sido ellas las personas que dándose la calidad recíproca de

mujer y marido, celebraron el contrato de liquidación de que da cuenta la escritura N° 453 citada. Lo que ellos discuten es el contrato de liquidación no su calidad o estado civil de cónyuges entre sí, ya que fue precisamente, por el hecho de saberse unidos con dicho vínculo, que efectuaron la predicha liquidación. Si es verdad, que el actor en los hechos de la parte motiva del libelo, se refirió al hecho de haber celebrado las partes matrimonio católico, y que a la demanda fueron acompañadas las declaraciones extrajuicio de Sinfaroso Muñoz y Ana Julia Calderón de Muñoz padrinos de dicho acto, como prueba supletoria del mismo, por no haberse encontrado la partida original de estado civil, ello no implica, ni fuerza a concluir que el actor haya sometido a la decisión judicial, la calidad o estado civil de matrimonio entre las partes; porque ella no era menester para el éxito de la acción, la cual partía del hecho de haber celebrado las partes un contrato —sobre cuya validez discrepaban— pero otorgado sobre la base libre y voluntariamente manifestada, de ser los contratantes, marido y mujer. ...El demandado aceptó implícitamente la existencia del vínculo conyugal al dar contestación al numeral 1° de la parte motiva del libelo de demanda; lo mismo que al dar contestación a la pregunta en que tal cosa se le preguntaba en el pliego de posiciones que le fueron formuladas por la parte actora. Y, a su vez, dio por aceptado dicho hecho, al formular las preguntas del cuadro de posiciones que a solicitud de su apoderado fueron absueltas por la actora. ...Siendo, pues, la existencia del estado civil del matrimonio, cuestión en un todo ajena al debate, y no discrepando el recurrente de la interpretación dada por el Tribunal a los artículos 395, 396, 397, 398 y 399 del C. Civil, que son a manera de reglamentación y desarrollo del precepto contenido en el artículo 346 del mismo Código, es si notorio deducir, que tanto este último precepto, que define el estado civil en nuestro derecho, como los otros artículos citados, fueron aplicados indebidamente por el Tribunal al presente litigio”.

El fallo recurrido viola los artículos 346, 395, 396, 397, 398 y 399 del Código Civil por aplicación indebida. La aplicación indebida de los preceptos anteriores produjo como consecuencia inmediata la violación, por falta de aplicación, de las normas que sí regulaban el caso litigioso, la verdadera cuestión sub-judice, como son los arts. 762, 946, 947, 950, 1494, 1495, 1500, 1501, 1502, 1523, 1602, 1603, 1740, 1741, 1759, 1946, 1947, 1948, 2432,

2439, 1618 a 1625 del C. Civil, Ley 50 de 1936, Ley 28 de 1932; arts. 142, 143, 205, 209, 231, 471 y 472 del C. J.

Segundo cargo. “La sentencia del Tribunal es violatoria de la ley sustantiva, como consecuencia de haber incurrido en error evidente de hecho en la interpretación del libelo de demanda, consistente dicho error, en haber condicionado el estudio de las causales de nulidad y de rescisión del contrato relacionado en la escritura N° 453 citada, al estudio de si las partes contratantes tenían o no la calidad de cónyuges entre sí; siendo así, que ni en la parte motiva ni en la petitoria del libelo, se estableció acción personal alguna para debatir dicho estado, como condición previa para que el fallador entrara a resolver lo solicitado sobre la nulidad o rescisión del contrato”. Este error en la interpretación del libelo “condujo a la violación de la ley sustantiva por aplicación indebida al caso debatido de las disposiciones que en nuestro derecho reglamentan y definen o consagran el estado civil de las personas, motivando en esta forma el que no fuesen aplicados los preceptos que reglan los contratos, determinan su validez, establecen o limitan su campo de acción, etc., etc.” “...Al fallar, absolviendo a la parte demandada, partiendo de una hipótesis falsa, como es la exigencia de la demostración con la prueba pertinente, de una acción que no ha sido establecida, la sentencia ha sido pronunciada con violación por lo menos del derecho de defensa, puesto que las solicitudes de mi mandante fueron rechazadas, sin que el órgano jurisdiccional hubiese entrado siquiera a estudiar y resolver las causales que fundaron su petición”. Como consecuencia, el Tribunal violó por aplicación indebida al litigio “lo preceptuado en los artículos 346, 395, 396, 397, 398 y 399 del C. Civil, 603, 605, 593 del C. J., dejando de aplicar siendo del caso haberlo hecho, los artículos 762, 946, 947, 950, 1494, 1495, 1496, 1497, 1500, 1501, 1502, 1523, 1524, 1602, 1603, 1740, 1741, 1759, 1946, 1947, 1948, 2432, 2439, 1618 a 1625 del C. Civil, Ley 50 de 1936, ley 28 de 1932; artículos 142, 143, 205, 209, 231, 471 y 472 del C. J. Artículos 15 y 22 de la Constitución.

Tercer cargo. “La sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa y aplicación indebida, como consecuencia de error de derecho en la interpretación del libelo de la demanda. El fallador incurrió en error de derecho al juzgar necesaria la demostración del estado civil de matrimonio entre las partes, como si la demanda

comprendiera una acumulación de acciones, personales y reales; condicionada la resolución de las segundas, a la demostración plena, conforme a los elementos probatorios de ley, de las primeras". El error de derecho en la interpretación de la demanda indujo al Tribunal a absolver a la parte demandada de todos los cargos que le fueron formulados por el actor.

De tal modo violó, por aplicación indebida, los artículos "346, 395, 396, 397, 398 y 399 del C. Civil, 205, 209, 593, 603, 605, del C. J., dejando de aplicar siendo del caso haberlo hecho, los artículos 762, 946, 947, 950, 1494, 1495, 1500, 1501, 1502, 1523, 1524, 1602, 1603, 1740, 1741, 1759, 1946, 1947, 1948, 2432, 2439, 1618 a 1625 del C. Civil, Ley 50 de 1936, Ley 28 de 1932, artículos 142, 143, 205, 209, 231, 471 y 472 del C. J."

Se han reproducido todos los cargos porque dada su estrecha conexión entre sí bien podrían formar uno solo, y porque atendida la Sala a las conclusiones a que ha de llegar con el solo estudio del primero, cree conveniente presentar en su totalidad el pensamiento del recurrente.

Se considera:

Como de la simple lectura del primer cargo se concluye, lo sustancial de la cuestión en él planteada consiste en decir si en el presente juicio era indispensable probar plenamente la celebración del matrimonio por el rito católico entre la demandante y el demandado. El Tribunal estimó que tal prueba sí era necesaria y que a falta de ella no era posible el pronunciamiento sobre el fondo de la demanda. El recurrente, acorde con lo sostenido por el Magistrado disidente en su salvamento de voto, considera que la exigencia de dicha prueba constituye una aplicación indebida de los artículos 395 a 399 del Código Civil, porque el matrimonio no es cuestión discutida en el juicio y, no siéndolo, su demostración resulta innecesaria para resolver sobre las peticiones de la demanda.

En primer término observa la Sala que evidentemente en el juicio no aparece probado el matrimonio por los medios legales, pues si bien es cierto que la prueba subsidiaria era admisible en vista de las certificaciones expedidas por los párrocos de Quimbaya, Alcalá y Montenegro, acerca de que la partida no fue hallada, también lo es que las declaraciones extrajuicio rendidas por quienes dicen haber sido padrinos de tal acto y por tanto haberlo presenciado, no fueron

ratificadas dentro del juicio como era de rigor hacerlo. Sabido es que las normas sobre pruebas judiciales son de derecho público y por ende de riguroso cumplimiento, y que en virtud de lo dispuesto por el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil para que en juicios contenciosos tenga valor la prueba testimonial se requiere que esté solicitada, decretada y practicada oportunamente en el juicio con el fin de darle cumplimiento al principio fundamental de la contradicción. Pero cuando se trata de demostrar el estado civil de las personas, esa prueba, además, debe ser precisamente la que para el caso exija la ley. De ahí que no pueda admitirse como prueba de un matrimonio la confesión expresa o tácita de una de las partes o de ambas; aceptarla equivaldría a otorgar a los particulares la facultad de darse sus propias condiciones de estado civil por tales medios, e implicaría la adopción de un procedimiento arbitrario, reñido fundamentalmente con el carácter de orden público de que está provisto todo lo relacionado con esta materia del estado civil de las personas.

Por lo dicho estima la Sala que son correctos los conceptos expuestos por el Tribunal en este particular, y acertada su conclusión al estimar como no probado en el juicio el matrimonio que ambas partes aceptan haber contraído.

Sin embargo, cosa distinta es el punto referente a si la falta de dicha prueba debe conllevar la desestimación de la demanda por ausencia de uno de sus presupuestos fundamentales. Naturalmente, si en este juicio se estuviera controvirtiendo el vínculo matrimonial, bien sea porque debiera pronunciarse sobre su existencia el fallador, o porque el demandado lo hubiese negado, la conclusión tendría que ser en forma ineludible la misma a que llegó el Tribunal. Pero como ninguna de estas dos hipótesis se presenta, porque el pronunciamiento, de conformidad con las peticiones de la demanda, se refiere simplemente a la validez o nulidad del contrato contenido en la escritura pública número 453 de 13 de abril de 1944 de la Notaría Segunda de Armenia, o sobre la lesión enorme que éste implica, y no sobre la existencia o validez del matrimonio respecto a lo cual no ha existido desacuerdo o controversia, no cree la Sala que pueda adoptarse el criterio que sirvió de base al Tribunal para proferir su sentencia.

En efecto, el artículo 472 del Código Judicial ordena a los jueces tener en cuenta "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los

derechos reconocidos por la ley sustantiva", y que por consiguiente "con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho". Significa ésto que no se debe sacrificar el derecho reconocido por la ley sustantiva a formalidades que la ley procesal no ha considerado como esenciales, y también que el ejercicio de la acción no debe desestimarse por la falta de pruebas de hechos que no van a ser objeto del pronunciamiento ni lo han sido de controversia entre las partes.

A propósito, en el caso de autos estamos en presencia de un requisito innecesariamente exigido por el Tribunal como consecuencia de no haber tenido en cuenta la norma que se acaba de exponer. Si no existe duda alguna respecto a la celebración del contrato, y si tal contrato se limita a liquidar la sociedad conyugal que existía entre las partes por virtud de matrimonio celebrado con anterioridad a la Ley 28 de 1932, no puede el juzgador alegar la falta de prueba de tal matrimonio para excusarse de resolver respecto a la invalidez de dicho contrato y a la pretendida lesión enorme por él provocada.

Más lógica y más jurídica resulta la tesis expuesta sobre este particular en el salvamento de voto del Magistrado Agustín Santacoloma, que esta Sala acoge.

Ya la Corte Suprema ha tenido ocasión de pronunciarse en el mismo sentido, como se ve de las sentencias publicadas en las GACETAS números 1925, 1966 y 1977. En aquellos fallos la Corte consideró innecesaria la prueba del estado civil, pues si bien en el primero de los juicios se alegaba la calidad de hermano legítimo, la muerte de un pasajero de empresa de transportes en el segundo, y la condición de madre legítima en el último, la ausencia de su prueba no afectaba la cuestión debatida que era, respectivamente, la simulación de un contrato, la responsabilidad del transportador y la indemnización de perjuicios por la Nación a causa de la muerte del hijo en el trágico suceso de Santa Ana.

Por consiguiente, al estimar el Tribunal como indispensable la prueba del matrimonio, tal como la exigen los artículos 395 a 399 del Código Civil, le dio indebida aplicación a dichos textos legales por cuanto en razón de ellos se abstuvo de estudiarlas en su fondo.

Como el cargo debe, pues, prosperar, la Sala

decide CASAR la sentencia y dictar el fallo de instancia correspondiente.

Sentencia de instancia

La primera petición principal de la demanda trata de obtener que se declare "nulo, de nulidad absoluta, por falta de causa y falsa causa el contrato contenido en la escritura número 453 de 13 de abril de 1944, pasada en la Notaría Segunda de este circuito, ya que no existiendo hecho jurídico o título suficiente para acreditar la comunidad o sociedad de bienes respecto a los que fueron divididos, indivisibles provisoriamente de conformidad con la letra y el espíritu de la Ley 28 de 1932, el tal acto carece de validez jurídica para transmitir el dominio de los que dice poseer hoy el demandado".

Observa en primer término la Sala que la petición está redactada de manera confusa, especialmente en su proposición final. Parece que en esta parte de la petición quiso decir el demandante que por tratarse de bienes sociales indivisibles provisoriamente de conformidad con la Ley 28 de 1932, el contrato aludido carece de validez jurídica y no transmitió dominio al demandado sobre los bienes que se le adjudicaron en él.

El fundamento básico que presenta el demandante es, en resumen, que la Ley 28 de 1932 no autoriza la liquidación provisional de sociedades conyugales respecto a bienes adquiridos con posterioridad a su vigencia.

Se pasa a estudiar la tesis anterior.

El artículo 7º de la Ley 28 de 1932 autorizó a los cónyuges de matrimonios celebrados con anterioridad a su vigencia, para que procedieran a liquidar provisionalmente la sociedad conyugal con el objeto de ponerle fin a la administración exclusiva del marido, tanto de los bienes sociales como de los propios de la mujer, y de separar patrimonios mediante la adjudicación a cada uno de sus bienes propios y de la parte que le correspondiera en los sociales. Por consiguiente, esta liquidación provisional es pertinente, al tenor de dicho texto, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: a) Que se trate de matrimonio anterior a la Ley 28 de 1932; y b) Que existan bienes sociales por repartir. Debe entenderse que existen bienes sociales no solamente cuando su adquisición ha sido hecha por la sociedad conyugal sino también cuando se han obtenido frutos o productos por la administración de los bienes propios de los cónyuges.

De manera que en el fondo, el problema planteado por la petición que se estudia, se reduce a saber si los bienes adquiridos por Dolores Montoya a título oneroso con posterioridad a la Ley 28 de 1932, y los frutos y productos de ellos percibidos hasta la fecha de la mencionada escritura, eran o no bienes sociales distribuibles provisionalmente. Dicho de otra manera, se trata de resolver si la liquidación provisional permitida por el artículo 7º de la Ley 28 de 1932, no es procedente sino en los casos en que al comenzar su vigencia el patrimonio social estaba ya formado y había por consiguiente entonces ganancias que repartir; o si también puede tener lugar con relación a matrimonios antiguos cuyos bienes sociales hayan sido adquiridos después del 1º de enero de 1933. Para mayor claridad y precisión, la cuestión por dilucidar puede plantearse tratando de inquirir si la facultad consagrada por el artículo 7º de la Ley 28 de 1932 exige simplemente que en el momento de irse a liquidar provisionalmente la sociedad conyugal formada antes de su vigencia, existan ganancias por repartir; o si, al contrario, tal artículo se refirió de manera exclusiva a los casos en que en el momento de empezar a regir existieran bienes sociales o ganancias distribuibles.

Podría decirse en favor de la primera proposición que el legislador de 1932 tuvo en mientes el permitir la liquidación provisional de las sociedades conyugales ya formadas, siempre que al momento de hacerse tal liquidación tuviesen ganancias por distribuir, ya provinieran ellos de bienes incorporados al patrimonio social antes de regir la citada Ley 28, o después. Partiendo de este supuesto, y habida consideración de que las dichas sociedades no se extinguieron por virtud de la ley, forzoso sería deducir que los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges con posterioridad a la vigencia de tal ley, constituyen bienes sociales o ganancias distribuibles.

Sin embargo, considera la Sala que la recta interpretación del texto legal en examen lleva a concluir, sin la menor duda, que la facultad de liquidar provisionalmente las sociedades preexistentes a la vigencia de la ley 28 de 1932, se refiere exclusivamente a la distribución de bienes sociales de los cónyuges y de ganancias existentes en el mismo momento de entrar en vigor. Porque el artículo 1º de la Ley es terminante cuando dispone que los bienes que se adquieran a partir de tal momento, se someten al régimen de admi-

nistración y disposición consagrado por el nuevo estatuto; es decir, que cada cónyuge administra y dispone libremente de estos bienes. La liquidación provisional tiene por objeto permitir que cada cónyuge reciba su parte para sobre ella ejercer las facultades independientes que le otorga el artículo 1º de la Ley, luego mal puede aplicarse a bienes que por mandato de la misma ley necesariamente están sujetos al régimen de dicho artículo 1º. Tal liquidación sería innecesaria y redundante, y en el fondo significaría la pretensión de producir por medio de un contrato efectos ya causados a virtud de mandato legal, en el caso de que la liquidación se limitara a distribuir los bienes propios de cada cónyuge; y si con tal contrato se pretendiese transferirle a uno de los cónyuges bienes adquiridos por el otro a título oneroso, como tales bienes no están sujetos al régimen de sociedad conyugal anterior, desde luego que pertenecen al cónyuge adquirente, en la práctica se estaría realizando una operación completamente distinta a la prevista y autorizada en el artículo 7º de la Ley.

Como lo dijo la Corte en Casación de 30 de julio de 1943, no es posible admitir que los bienes adquiridos por un cónyuge a título oneroso a partir de la vigencia de la Ley 28, entren a formar parte del haber de la sociedad conyugal y no al del cónyuge adquirente, en razón de que a la liquidación definitiva los haberes de ambos han de formar parte de la masa distribuible. Sería tanto como sostener que los bienes de un presunto causante son de quienes han de sucederle, por la simple razón de que a la época de su sucesión deberán ser repartidos entre ellos. (G. J. número 1998, pág. 615).

Por último, la Ley 68 de 1946 se encargó de despejar cualquiera duda que pudiera presentarse sobre esta cuestión, al decir claramente que tan sólo los bienes adquiridos dentro del matrimonio con anterioridad a la Ley 28 de 1932, seguirían bajo el régimen civil antiguo. Norma ésta que por tener el carácter de interpretativa, según expresa manifestación del inciso final del artículo 1º, se considera incorporada al texto de la Ley 28 de 1932.

El legislador de 1932 no pretendió autorizar la distribución de posibles ganancias respecto a bienes adquiridos con posterioridad, sino apenas facilitar la manera de ponerle término a la situación jurídica que el régimen anterior establecía para los bienes adquiridos bajo su vigencia.

Por otra parte, en la misma Ley 28 de 1932 se

encuentra el artículo 3º según el cual son nulos absolutamente los contratos entre cónyuges, relativos a inmuebles. De tal manera que la pretendida distribución de gananciales constituidos por bienes que los cónyuges hayan adquirido o adquieran bajo el amparo del nuevo estatuto, viene a ser sencillamente forma disimulada de realizar un contrato dispositivo de bienes inmuebles, con fraude a la prohibición terminante de la ley. Y en estas condiciones tal contrato es nulo en forma absoluta.

En casos como el presente en que no ha habido disolución del matrimonio ni divorcio, y los bienes han sido adquiridos del 1º de enero de 1933 en adelante, para liquidar la sociedad conyugal, la acción procedente es la de separación de bienes, una vez que al efecto concurren las circunstancias previstas por la ley.

De las anteriores consideraciones se deduce que tiene razón el demandante al considerar que es nulo el contrato celebrado entre los esposos Cañón y Montoya según escritura pública 453, de 13 de abril de 1944, pasada en la Notaría Segunda de Armenia, por el cual pretendieron liquidar provisionalmente la sociedad conyugal careciendo para ello de autorización legal. La petición principal comprendida en el ordinal b) de la demanda, en la cual se impetra la declaración de nulidad absoluta por objeto ilícito, debe pues, prosperar, ya que conforme al artículo 1523 del Código Civil existe objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley.

En cuanto a la principal c) hay que tener en cuenta lo siguiente:

La consecuencia natural de la declaración de nulidad del contrato en que se hizo la liquidación provisional de la sociedad conyugal, es la restitución de las cosas al estado anterior a dicho contrato. Sin embargo, en el caso presente se observa que aparece plenamente demostrado que los inmuebles sobre los cuales versa el mencionado contrato fueron adquiridos conjuntamente por los cónyuges, pues en absolución de posiciones Dolores Montoya confesó en forma terminante que Ciro Cañón fue quien pagó los precios pero con dinero proveniente de los negocios que ambos tenían, es decir, que pertenecían en común a ellos. Esta confesión constituye plena prueba de tal hecho, y a ella debe sumarse la manifestación que los cónyuges hicieron al otorgar la escritura 453 de 13 de abril de 1944, relativa a la liquidación provisional de la sociedad conyugal, de que los bienes los habían adquirido los dos comparecien-

tes. En efecto, en el encabezamiento de la cláusula primera se dice: "Que durante la sociedad conyugal que ellos tienen formada, han adquirido los siguientes bienes, a saber: "...De estas pruebas se concluye que el dinero con que se adquirieron los inmuebles fue suministrado por iguales partes entre los cónyuges y que la adquisición se hizo para ambos. En vista de esta prueba plena, cuya evidencia la Sala no puede desconocer, no es posible acceder a la petición que se comenta, es decir, a declarar que la demandante es dueña exclusiva de los inmuebles que se adjudicaron al demandado en tal liquidación provisional, ni ordenar su restitución, como se solicita. Esto sería ir contra la realidad de los hechos probados en el juicio.

Es cierto que el demandado no reconvinó para que se le declarara condueño de tales inmuebles; pero como él es el actual poseedor de los mismos, y su dominio total aparece radicado en su cabeza, al reconocer la Sala a la demandante la calidad de dueña de la mitad indivisa de esos inmuebles únicamente, se produce en forma necesaria la comunidad con el demandado Cañón, quien conserva el carácter de dueño de la otra mitad en virtud de la plena prueba de que se acaba de hablar. Es decir, la petición principal c) de la demanda prospera parcialmente puesto que sólo es posible reconocer a Dolores Montoya como dueña de la mitad de los inmuebles objeto de la citada partición, y por tanto, en la misma proporción se debe decretar la restitución de esos bienes a su favor.

Las mismas consideraciones sirven para resolver en la forma parcialmente favorable que se acaba de explicar, la petición final de la demanda encaminada a obtener que se declare a Dolores Montoya dueña de los inmuebles adjudicados a su marido en la liquidación provisional de la sociedad conyugal.

Respecto al inmueble que en la liquidación de la sociedad conyugal se le adjudicó a la demandante y que figuraba como de propiedad de ésta conforme al título de adquisición, nada puede decirse en el presente fallo debido a que ninguna de las partes ha solicitado declaración relativa a su dominio. Otra cosa sería si el demandado hubiese reconvenido para que de prosperar la petición de nulidad se resolviera sobre dicho inmueble y se reconocieran sus derechos en él. Naturalmente, al demandado le quedan libres las acciones judiciales para reclamar tales derechos.

En cuanto a la petición d) principal, para que se declare la nulidad del gravamen real hipote-

cario constituido por la escritura 2004 del 19 de diciembre de 1944, de la Notaría Segunda de Armenia, se considera:

Al tenor del artículo 2441 del C. C. se extingue la hipoteca por la rescisión del derecho que sobre la cosa hipotecada tenía quien hipotecó. Esto es consecuencia del principio general de que siendo la hipoteca un gravamen real que implica limitación al dominio y disposición del bien, solamente se puede constituir sobre los derechos que se tengan en la cosa, de tal modo que la resolución o rescisión del derecho del hipotecante conlleva la de la misma hipoteca, pues se entiende que ésta ha quedado con las condiciones y limitaciones que afectan tales derechos.

Por consiguiente, al declarar a la demandante dueña de la mitad indivisa de este inmueble, se impone la necesidad de decretar la nulidad de dicho gravamen hipotecario en cuanto lesione los derechos que se reconocen a la demandante. La verdadera propietaria que mediante este fallo se reconoce en cuanto a esa mitad, no puede ser afectada por el mencionado contrato. Cosas distintas son la obligación personal del señor Cañón para con el acreedor hipotecario, y el valor de la hipoteca sobre la mitad que queda de propiedad del demandado, los cuales no se afectan por esta sentencia.

Cancelación del registro de escritura de liquidación y de hipoteca

Nada pide el demandante en cuanto a la consecuente cancelación del registro de las escrituras de liquidación provisional de la sociedad conyugal y de la hipoteca, hecho en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Armenia. No obstante, considera la Sala que para estos efectos no es indispensable que se consigne expresa solicitud en la demanda, ya que se trata, como lo observa el Profesor Francisco Carnelutti (Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo 1º, número 103), de simples consecuencias externas de la cosa juzgada, que se cumplen fuera del proceso por mandato legal, pues la sentencia viene a ser la condición para que tales efectos se produzcan. Necesariamente de las nulidades que se declaran debe tomarse nota en la respectiva oficina de registro para que se realice la cancelación de las anteriores inscripciones. Al ordenar estas cancelaciones no se incurre en extra-petitio, porque están implícitamente solicitadas por el actor en la demanda de nulidad de los correspondientes

contratos. Lo dicho se aplica también a la atestación que de este fallo debe hacerse al pie de la escritura de hipoteca en la Notaría Segunda de Armenia.

Mejoras

No es el caso de hacer declaración ninguna respecto a mejoras, en vista de que no existe la prueba suficiente de que se hayan efectuado en forma exclusiva por el demandado, pues, por el contrario, aparece que ellas se llevaron a cabo con fondos comunes. Por tanto, como los inmuebles quedan sujetos a comunidad entre los esposos Cañón-Montoya, tales mejoras adquieren la misma calidad de comunes.

Frutos

En cuanto a la restitución de frutos, el poseedor de buena fe debe restituirlos o pagar el valor respectivo, conforme a las reglas del citado artículo 964 del C. C., pero solamente a partir de la notificación de la demanda. En cambio, el poseedor de mala fe debe restituir los frutos naturales y civiles percibidos y los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, o pagar su valor, por todo el tiempo de la posesión.

En el caso presente no se hizo en la demanda expresa solicitud sobre frutos, pero como el citado artículo 964 impone la obligación de pagarlos a todo poseedor vencido, es ésta una consecuencia de la petición de restitución de los inmuebles y por tanto corresponde disponer lo conducente teniendo en cuenta la condición de poseedor de mala fe del demandado sobre la mitad de los inmuebles, en vista de que su posesión en esa parte se produjo como consecuencia del error de derecho que, al tenor del artículo 778 del Código Civil, hace presumir la mala fe sin que pueda admitirse prueba en contrario.

En atención a las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A, 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 Pereira proferida el 14 de noviembre de 1947, revoca la sentencia dictada por el Juez del Circuito de Armenia con fecha 7 de marzo de 1947, y en su lugar falla:

Primero.—Es nulo, de nulidad absoluta, el contrato celebrado entre Dolores Montoya y Ciro Ca-

ñón, contenido en la escritura número 453 de 13 de abril de 1944, pasada en la Notaría Segunda de Armenia;

Segundo.—La señora Dolores Montoya de Cañón es dueña de la mitad indivisa de los siguientes inmuebles: "Un solar ubicado en la urbanización del 'Jazmín' de esta jurisdicción, constante de seis varas de frente, por cuarenta varas de centro, y que linda: 'Por el frente, con la carrera tercera; por un costado, con predio de Julio Velásquez; por el centro con predio de Tulio Cardona, y por el otro costado, con predio de Tiberio Agudelo'. El derecho herencial que a los señores Amelia Domínguez v. de Salazar, Miguel A. Salazar D., Luis Delio Salazar D., Julia, Margarita y Enrique Salazar D. les corresponden o pueden corresponder en la sucesión del señor Jenaro Salazar, esposo de la primera y padre de los demás, radicados dichos derechos en un solar con casa de habitación, ubicado en el punto denominado 'Barrio Boyacá', hoy Brumas, del área urbana de esta ciudad de Armenia, constante de doce varas de frente, por cuarenta de centro, y alindado así: 'Por el frente con calle proyectada que va a una curva, hoy calle treinta y seis; por un costado con una calle paralela al camino del Cauca, hoy carrera diez y ocho; y por el otro costado y el centro con predio de los vendedores (sic) Jaramillos; hoy Tonia Chaves y Miguel Arango".

Tercero.—Condénase al demandado Ciro Cañón a restituir a la demandante Dolores Montoya, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecución de este fallo, la posesión sobre la mitad indivisa de los inmuebles que se relacionan en el punto anterior, libres de todo gravamen.

Cuarto.—Condénase al demandado Ciro Cañón a la restitución o pago de la mitad de los frutos

o productos percibidos o que se hubieran podido percibir durante todo el tiempo de la posesión y hasta la fecha en que se dé cumplimiento al punto anterior, de conformidad con el artículo 964 del Código Civil, y teniendo en cuenta su condición de poseedor de mala fe.

Quinto.—Es nulo el contrato accesorio de hipoteca a que se refiere la escritura número 2004 de 19 de diciembre de 1944, pasada en la Notaría Segunda de Armenia, en cuanto grava la mitad indivisa del inmueble cuyo dominio se reconoce a la demandante Dolores Montoya.

Sexto.—Cancélese la inscripción de la escritura número 453 de 13 de abril de 1944, pasada en la Notaría Segunda de Armenia. Refórmese la inscripción de la escritura de hipoteca número 2004 de la misma Notaría, fechada el 19 de diciembre de 1944, de conformidad con lo resuelto en el punto anterior, y tómese nota por el señor Notario respectivo de lo dispuesto, al pie del instrumento.

Séptimo.—No es el caso de hacer las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

Octavo.—Sin costas en las instancias.

No hay lugar a costas en casación.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín

Lloreda — El Secretario, Hernando Lizarralde.

ACCION REIVINDICATORIA.—PRUEBA DEL DOMINIO SOBRE INMUEBLES

1.—En el juicio de sucesión hay dos actos, que son decisivos para fijar el dominio sobre bienes que antes eran del causante y que pasan a ser de sus herederos: la partición, que pueden hacer los coasignatarios por sí mismos cuando hay acuerdo entre ellos y todos son mayores de edad, o por medio de un partidor; y la aprobación del Juez al trabajo de partición.

Son cosas distintas, pues, la partición en sí y la sentencia que la aprueba, y a cada una corresponden textos legales sustantivos sobre registro: el artículo 2662 del Código Civil detalla las condiciones de la inscripción de un acto legal de partición, y el artículo 2645 del mismo Código expresa la Oficina donde el registro debe hacerse; el artículo 2652 de aquel Código establece que están sujetas a registro las sentencias o aprobaciones judiciales de la partición de la herencia. Principio corroborado por el artículo 2661, que versa sobre las condiciones que debe llenar el registro de una sentencia.

Y porque de estas disposiciones se hacía confusión antes de la expedición del actual Código Judicial, vino éste y dijo en su artículo 967: "El Juez, en la misma sentencia aprobatoria de la partición, debe mandar que ésta y aquélla se inscriban en el Libro de Causas Mortuorias del Circuito en donde se siguió el juicio y en el mismo libro de aquellos circuitos en que están ubicados los inmuebles adjudicados".

2.—Demostrar la concatenación de una titulación, es llevar al juicio, por los medios legales y en debida oportunidad, los títulos que formen la cadena respectiva desde el actual hasta el que se señala como primer eslabón. De la confrontación de tal cadena de títulos con la que exhiba la contraparte, también en legal y debida forma, resultará a cuál de ellos corresponde el mejor derecho: si al actor, prosperará la acción reivindicatoria y si al demandado, aquélla deberá ser desestimada.

Por otra parte, la prueba del dominio de

inmuebles es rigurosamente solemne; teniendo este carácter, no puede suplirse por otra, ni al Juez le es dable admitir ninguna en su reemplazo, así sea plenamente veraz y lleve a su ánimo la certidumbre de que el acto debió celebrarse u ocurrir y de cuál fue su contenido. Como lo ha dicho la Corte, en tal caso el juzgador "tiene que mirar como no ejecutado o como no celebrado el acto o contrato respecto del cual no figura en juicio la prueba solemne exigida por la ley". (Casación de 31 de agosto de 1910, G. J. Tomo XIX, pág. 50). Doctrina repetida en innumerables ocasiones.

¿Y cuál es esa prueba? Sin la menor duda, la solemnidad ireemplazable consiste en la copia auténtica de los títulos con su nota de haberse inscrito adecuadamente en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.

3.—La partición y sentencia aprobatoria en juicio de sucesión, constituyen un título sujeto al registro, pues sin esa formalidad no se operaría la tradición del dominio o usufructo o servidumbre, etc., sobre inmuebles que se hayan adjudicado a un heredero o legatario. Por consiguiente, para demostrar que el dominio de un inmueble pasó del causante al heredero o al legatario, o al cónyuge supérstite por razón de gananciales, etc., es indispensable llevar al juicio el título registrado, al tenor del artículo 2652 del Código Civil. Y esa prueba solemne no puede sustituirse con otra alguna, a no ser que se esté en el caso contemplado por el artículo 2675 del mismo Código, es decir, que se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado y que la copia legalizada no se halla en poder del interesado, ni de ella exista constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública. En este evento, dice el mismo artículo "se admitirá como prueba supletoria de dicho título la certificación que expida el Registrador acerca del punto o de los

puntos de que haya constancia en el registro, relativamente a los contenidos en el título original perdido: esta certificación no la dará el Registrador sino por orden de autoridad competente”.

4.—Una cosa es probar que un título registrado existe, y otra muy distinta probar que ese título se registró oportunamente y cuál es su contenido al tenor de la respectiva inscripción en la Oficina de Registro. Lo último se demuestra con el certificado del Registrador o con una inspección ocular; pero lo otro sólo se prueba con la copia respectiva del título, acompañada de la nota de registro. Y para suplir el título con el certificado del Registrador, es necesario acomodarse a lo dispuesto en el artículo 2675 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil, A.—Bogotá, marzo veinte (20) de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

José Vergel vendió dos veces un mismo inmueble situado en Bogotá, barrio de Las Cruces. La primera vez lo enajenó a Alberto Pedraza, en el año de 1934, por escritura número 622 de 23 de abril, Notaría Primera de la ciudad citada; y la segunda a Blanca Cuberos de González, en el año de 1942, según escritura 1308 de 8 de mayo de la Notaría en mención.

Muerto Pedraza, sus bienes pasaron por herencia a su esposa Elena Parra de Pedraza, entre ellos el inmueble de Las Cruces; y esta señora vendió el mismo inmueble a Carlos Julio Rubiano, según escritura 336 de 31 de enero de 1944, de la Notaría Primera de Bogotá varias veces citada.

Por circunstancias que no hay para qué examinar, entre ellas unas providencias de policía dictadas a favor de la demandada Cuberos de González, ésta entró en posesión del inmueble, por lo cual Carlos Julio Rubiano presentó demanda ordinaria contra ella ante el Juzgado 7º del Circuito de Bogotá, el 5 de marzo de 1945. En este libelo, por medio de apoderado pidió las siguientes declaraciones:

1º Que mi mandante Rubiano es poseedor inscrito del inmueble.

2º Que la inscripción en el Registro sobre el mismo inmueble hecha a favor de la demandada, no tiene valor legal porque el vendedor Vergel, a tiempo de vender ésta, ya no tenía el derecho de dominio sobre la cosa vendida;

3º Que mi mandante Rubiano tiene mejor derecho que la demandada Cuberos de González sobre el inmueble en mención, porque su derecho lo deriva de Alberto Pedraza, legítimo comprador de Vergel;

4º Que la demandada sea condenada a restituir el inmueble al demandante, junto con los frutos naturales y civiles que cupieren dentro de la restitución;

5º Que se ordene cancelar el registro a favor de la demandada sobre el mismo inmueble;

6º Que las decisiones proferidas por las autoridades de policía a favor de la demandada sobre amparo de posesión queden sin valor.

Esta demanda fue decidida por el Juzgado, según sentencia de 15 de octubre de 1946, en la cual se despachan favorablemente todas las peticiones de ella. Y apelada por la parte demandada, el Tribunal de Bogotá la revocó en proveído de 6 de noviembre de 1947, que absuelve a la demandada.

La parte actora, así defraudada en sus pretensiones, invocó el recurso de casación contra esa sentencia de segundo grado, recurso que se va a decidir, no sin tomar razón de alguna tesis que previamente plantea el apoderado de la demandada bajo el título de “Falta de Jurisdicción de la Corte”. Dice que originalmente el demandante estimó la cuantía en \$ 1.000.00 no obstante que se trata de un lote vendido una vez por \$ 200.00 y otra por \$ 500.00; que como la cuantía se objetó, a última hora, con aplicación del artículo 206 del Código Judicial, el Juez hizo avaluar esa cuantía y fue estimada en \$ 1.603.08; que esta cuantía así señalada dentro del juicio por medio de un peritazgo, era definitiva, y que sin embargo, el Tribunal, a petición del demandante y para efectos del recurso de casación, ordenó un nuevo avalúo dando aplicación al artículo 524 del Código Judicial que lo autoriza sólo cuando haya verdadero motivo de duda.

Con estas consideraciones, se estima que la Corte no ha adquirido jurisdicción para decidir el recurso.

A lo cual se expresa que de acuerdo con el artículo 529 del Código Judicial, la Corte no puede declarar inadmisibles el recurso de casación por razón de la cuantía.

El cargo

El Tribunal no aceptó la sentencia del Juez absolviendo al demandado, porque no halló completa la cadena titularia del actor. El Tribunal argumenta de la siguiente manera: "Pretende el actor que su derecho sobre el inmueble se remonta al veintitrés de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, fecha en que Vergel le vendió a Pedraza según escritura número 622, en tanto que la posesión de su contraparte data solamente del 17 de julio de 1942, que señala la venta que el mismo Vergel le hizo a la demandada Cuberos de González por escritura 1308; pero esa tesis es equivocada en el hecho, expresa el Tribunal "por cuanto no existe una titulación perfecta en el demandante, toda vez que no acompañó la hijuela de adjudicación a favor de Elena Parra v. de Pedraza, es decir, el eslabón que una las escrituras 633 y 336, no apareciendo demostrada la cadena constitutiva de la titulación del demandante. Es verdad que el certificado del Registrador alude al registro de la sucesión, pero es indudable que una certificación del Registrador no constituye un título según lo tiene decidido la jurisprudencia, como tampoco puede suplirlo. No existiendo la prueba de la referida cadena de títulos, se impone fallar el presente negocio comparando las escrituras 336 y 1308. Y en este cotejo prevalece el registro más antiguo, o sea, el del último título".

Conviene recordar que la cadena de que se habla está enunciada así: Título por el cual Pedraza compró, o sea escritura 622 de 1934; adquisición hecha por la esposa de Pedraza, en la sucesión de su marido; y último eslabón, la venta que hizo la viuda de Pedraza al demandante Rubiano, según escritura pública número 336 de 1944. Es ésta la escritura que la sentencia pone frente a la escritura 1308 de 1942, por la cual compró Blanca Cuberos de González a Vergel, el inmueble que éste ya había vendido a Pedraza.

Sobre estas cosas dice el recurrente: "El Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al dejar de estimar como prueba la inspección ocular practicada por el mismo Tribunal, muy especialmente en lo que dice relación a la inscripción en el libro de Causas Mortuorias y en el Libro Primero de la adjudicación que se le hizo a Elena Parra vda. de Pedraza, del inmueble cuestionado, en el sucesorio de su marido. Ese error de hecho lo llevó al consiguiente error de derecho, por lo cual violó ostensiblemente el artículo 730

del Código Judicial, error consistente en no reconocer al documento citado la fuerza probatoria que él tiene; e indirectamente se violó también el artículo 724 del mismo Código por el menosprecio que se hizo de la inspección ocular. Resulta equivocada la apreciación del Tribunal — continúa el recurrente— al considerar que la cadena probatoria no existe, por no aparecer en el juicio la hijuela de la viuda de Pedraza, y equivocada la conclusión de que hay que comparar los títulos 336 y 1308. Por último, dice el recurrente que cuando el Tribunal exige la hijuela haciendo caso omiso de otras pruebas, entre ellas el certificado del Registrador porque éste no constituye un título, violó el artículo número 2637 del Código Civil, violación consistente en desconocerle a la inscripción de la adjudicación hecha a favor de la viuda de Pedraza el valor que ella tiene como medio de tradición del dominio".

El recurrente hace algunas otras consideraciones alrededor de la tesis central expuesta.

Se considera:

El panorama legal, del cual surge una adjudicación herencial, es el siguiente:

Entre los modos de adquirir el dominio de las cosas está la sucesión por causa de muerte, de acuerdo con el artículo 673 del Código Civil.

Muerta una persona, sus bienes pasan a los herederos, de acuerdo con reglas sustantivas que se hallan en el Libro Tercero del Código Civil.

Mas la herencia, que es una comunidad de carácter especial, es preciso liquidarla siguiendo las normas del Código Judicial en su Título XXX, relativas al juicio de sucesión.

El proceso de este juicio se inicia con un inventario de bienes y cargas de la sucesión, y termina con la ejecutoria de la sentencia en que se aprueba la partición (artículo 893 C. J.).

De esta suerte, en el juicio mencionado hay dos actos, que son decisivos para fijar el dominio sobre bienes que antes eran del causante, y que pasan a ser de sus herederos: la partición que pueden hacer los coasignatarios por sí mismos cuando hay acuerdo entre ellos y todos son mayores de edad, o por medio de un partidor; y la aprobación del Juez al trabajo de partición.

Son cosas distintas, pues, la partición en sí y la sentencia que la aprueba, y a cada una corresponden textos legales sustantivos sobre registro; el artículo 2662 del Código Civil detalla las condiciones de la inscripción de un acto legal de partición, y el artículo 2645 del mismo Código expresa la Oficina donde el registro debe hacer-

se; el artículo 2652 de aquel Código establece que están sujetas a registro las sentencias o aprobaciones judiciales de la partición de la herencia. Principio corroborado por el artículo 2661, que versa sobre las condiciones que debe llenar el registro de una sentencia.

Y porque de estas disposiciones se hacía confusión antes de la expedición del actual Código Judicial, vino éste y dijo en su artículo 967: "El Juez, en la misma sentencia aprobatoria de la partición, debe mandar que ésta y aquélla se inscriban en el Libro de Causas Mortuorias del Circuito en donde se siguió el juicio y en el mismo libro de aquellos circuitos en que están ubicados los inmuebles adjudicados".

Como ya se vio, por la escritura 336, debidamente registrada y con la cual se inicia este proceso ante el Juzgado vendió la viuda de Pedraza el inmueble en litigio al demandante Rubiano. En tal escritura se lee: "Que este lote de terreno lo adquirió la exponente vendedora por adjudicación que se le hizo en la partición de los bienes de la sucesión de su finado esposo Alberto Pedraza, la que fue registrada, junto con la sentencia aprobatoria de tal partición, en la Oficina de Registro de este Circuito en el año próximo pasado de 1943. (Se subraya).

Con la demanda fue presentado un certificado del Registrador de Bogotá (fl. 18, cuaderno 1º), en que después de enunciar en el numeral 1º que Rubiano compró a la viuda el inmueble del pleito, se lee: "Que Elena Parra viuda de Pedraza lo adquirió en el juicio de sucesión de su finado esposo Alberto Pedraza, registrado el 2 de septiembre de 1943, bajo el número 9958".

Hasta aquí, no hay una prueba legal sobre la adjudicación que del inmueble disputado se hizo a la viuda de Pedraza. En la segunda instancia se practicó una inspección ocular sobre los libros de la Oficina de Registro de Bogotá, a petición del actor, la cual estuvo presidida por el señor Magistrado sustanciador. En el acta respectiva se lee lo siguiente, copiado de los libros: "1943. Septiembre 2, Libro 1º, pág. 541, número 9958 y C. Mortuorias, pág. 463, número 1496. Por sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá en el sucesorio de Alberto Pedraza, ejecutoriada y aprobada por auto de 30 de marzo de 1943, se adjudicó a Elena Parra v. de Pedraza por \$ 978.22 junto con otra finca el inmueble descrito y que adquirió el causante de José Vergel por escritura 622 de 23 de abril de 1934, Notaría 1ª de Bogotá". Y más adelante se lee en el acta de

inspección ocular, tomada también de los libros de la Oficina de Registro: "Registro del juicio de sucesión de Alberto Pedraza. La partición de los bienes de la sucesión de Alberto Pedraza está registrada en el Libro número Primero, con fecha 2 de septiembre de 1943, al folio 541, y bajo el número 1958 (no 4958 como dice el memorial de pruebas). Aparece allí que en la adjudicación hecha a Elena Parra figura el lote de terreno de que se viene hablando, que junto con otros bienes le fue adjudicado en pago de su hijuela. También aparece registrada la partición y adjudicación de los bienes de la sucesión de Alberto Pedraza en el Libro de Causas Mortuorias el 9 de septiembre de 1943, página 463, número 1496".

Al tenor del artículo 1873 del Código Civil si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, se aplican las siguientes reglas: El comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si se hizo la entrega a los dos, aquél a quien se hizo primero será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá. En el caso de autos la primera venta se hizo el 23 de abril de 1934 y desde entonces el comprador recibió el inmueble, del cual estuvo en posesión hasta cuando el segundo comprador —cuyo título está fechado el 8 de mayo de 1942, es decir ocho años después— obtuvo por procedimiento de policía que no es el caso de calificar, el desalojamiento de aquél y la entrega del inmueble.

Por tanto, se está en presencia de la segunda hipótesis contemplada en el artículo 1873, ya que la entrega a favor del segundo comprador se hizo mucho tiempo después que el demandante había entrado en posesión del inmueble. Siendo esto así, no hay duda alguna de que éste tendría derecho a ser preferido si hubiera demostrado que su título proviene del primer comprador, sin solución de continuidad.

¿Pero quiere decir lo anterior, que el demandante haya probado una cadena de títulos más antigua y por tanto de mejor derecho, que la exhibida por el demandado?

Demostrar la concatenación de una titulación, es llevar al juicio, por los medios legales y en debida oportunidad, los títulos que formen la cadena respectiva desde el actual hasta el que se señala como primer eslabón. De la confrontación de tal cadena de títulos con la que exhiba la contraparte, también en legal y debida forma, resultará a cuál de ellos corresponde el mejor derecho: si al actor, prosperará la acción reivindi-

catoria, y si al demandado, aquélla deberá ser desestimada.

Por otra parte, la prueba del dominio de inmuebles es rigurosamente solemne, teniendo este carácter, no puede suplirse por otra, ni al Juez le es dable admitir ninguna en su reemplazo así sea plenamente veraz y lleve a su ánimo la certidumbre de que el acto debió celebrarse u ocurrir y de cuál fue su contenido. Como ha dicho la Corte, en tal caso el juzgador "tiene que mirar como no ejecutado o como no celebrado el acto o contrato respecto del cual no figura en juicio la prueba solemne, exigida por la Ley". (Ortega, página 689). (Casación 31 de agosto 1910, Tomo XIX, pág. 50). Doctrina repetida en innumerables ocasiones posteriores (Casación 23 julio de 1929, G. J. 1851, pág. 91, G. J. 1920, febrero 17 de 1937, págs. 695 y siguientes). (Ortega, pág. 644).

¿Y cuál es la prueba? Sin la menor duda, la solemnidad irremplazable consiste en la copia auténtica de los títulos con su nota de haberse inscrito adecuadamente en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.

El artículo 2652 del Código Civil dice: "Están sujetos al registro o inscripción los títulos, actos y documentos siguientes: ...2º Toda sentencia definitiva ejecutoriada que recayere en negocios civiles, bien haya sido pronunciada por un juez o Tribunal de derecho, o por árbitros, y las decisiones protocolizadas de los arbitadores, especialmente las sentencias y decisiones que causen traslación o mutación de la propiedad de bienes raíces, o que declaren algún derecho en tales bienes raíces. No es obligatorio el registro de las sentencias definitivas por los corregidores en negocios civiles de su competencia, sino cuando en virtud de ellas hay mutación o cambio del dominio de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos. ...6º Las sentencias o aprobaciones judiciales de la partición de la herencia, especialmente las que versaren sobre bienes inmuebles".

Por otra parte, el artículo 765 del mismo Código dice que son justo título traslativo de dominio, entre otros, las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición.

Tanto del artículo 2652 como del 765 citado, se concluye incuestionablemente que las hijuelas de adjudicación de bienes son los títulos traslativos en los juicios sucesorios, sujetos a registro para los efectos de la tradición del dominio.

Igualmente, el artículo 635 del Código Judicial dice que para acreditar la suficiencia de un título

registrado, se debe presentar el título mismo con la correspondiente nota de registro, y además el certificado del respectivo Registrador con los requisitos que allí se determinan. Se ve de esta disposición que el certificado del Registrador complementa el título pero no lo sustituye, cuando se discute su suficiencia. En el presente caso no se trata de demostrar la suficiencia del título y por eso no era necesario el referido certificado. Pero del texto del artículo 635 se deduce, en todo caso, que son cosas distintas el título mismo y el certificado del Registrador sobre su inscripción, fecha y vigencia. De manera que en situaciones como la presente si bien no se necesita, se repite, el certificado de la Oficina de Registro, sí es indispensable la presentación del título mismo con su nota de inscripción.

De manera que no es solamente cuando se trata de escrituras de compraventa, servidumbres, testamentos, donaciones, capitulaciones matrimoniales, que el rigor legal exige la presentación del título mismo, sino que, en forma clara y terminante se exige siempre que se trate de **títulos registrados**.

La partición y sentencia aprobatoria en juicio de sucesión, constituye un título sujeto al registro, pues sin esta formalidad no se operaría la tradición del dominio o usufructo o servidumbre, etc., sobre inmuebles que se hayan adjudicado a un heredero o legatario. Por consiguiente, para demostrar que el dominio de un inmueble pasó del causante al heredero o al legatario, o al cónyuge supérstite por razón de gananciales, etc., es indispensable llevar al juicio el título registrado, al tenor del citado artículo 2652 del Código Civil. Y esa prueba solemne no puede sustituirse con otra alguna, a no ser que se esté en el caso contemplado por el artículo 2675 del Código Civil, es decir: que se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado y que la copia legalizada no se halla en poder del interesado, ni de ella exista constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública. En este evento, dice el mismo artículo, "se admitirá como prueba supletoria de dicho título la certificación que expida el Registrador acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el registro, relativamente a los contenidos en el título original perdido: esta certificación no la dará el Registrador sino por orden de autoridad competente".

Este artículo 2675 del Código Civil viene tam-

bién a dilucidar claramente el punto, porque se refiere expresamente a la pérdida no sólo del protocolo sino también del expediente que contenga el título, con lo cual le da completa cabida a las hijuelas formadas en los trabajos de partición que sean parte de expedientes relativos a juicios sucesorios. De esta manera se ve una completa armonía entre los artículos 2652 y 2675 del Código Civil: uno y otro comprenden todo título sujeto a registro.

No es en todo caso, como nítidamente se deduce del artículo 2675 del Código Civil, que puede suplirse la copia del título sujeto a registro con el certificado del Registrador. Por el contrario, este artículo es terminante al exigir la prueba de la pérdida y demás circunstancias que en él se señalan, para que tal modo supletorio de demostración sea admisible.

La regla general es que la prueba del título es distinta de la certificación de la Oficina de Registro sobre su inscripción en los libros pertinentes. Y de la misma manera como no puede suplirse la escritura de compraventa con su nota de registro, tampoco puede admitirse la sustitución de la copia de la hijuela de adjudicación en juicio sucesorio, con el certificado del Registrador sobre su registro y contenido (salvo el caso del artículo 2675 del Código Civil) porque la una y la otra constituyen títulos registrados y son pruebas solemnes.

Una cosa es probar que un título registrado existe y otra muy distinta probar que ese título se registró oportunamente y cuál es su contenido al tenor de la respectiva inscripción en la Oficina de Registro. Lo último se demuestra con el certificado del Registrador o con una inspección ocular, tal como la practicada en este juicio y que conduce a lo mismo; pero lo otro sólo se prueba con la copia respectiva del título acompañada de la nota de registro. Y para suplir el título con el certificado del Registrador, es necesario acomodarse a lo dispuesto por el comentado artículo 2675 del Código Civil. Así, en sentencia de 23 de julio de 1929, dijo la Corte: "No se arguya, como lo pretende el opositor, que el

certificado del Registrador respecto de la compra de Hurtado a Martínez Saavedra, es prueba del contrato, porque la escritura pública en los contratos solemnes no puede suplirse por otra prueba sino en el caso del artículo 2675 del Código Civil, y ese evento no se contempla en el caso cuestionado". (G. J. 1851, pag. 91).

Y lo que se dice del contrato de venta de inmuebles vale para la prueba de cualquier título registrado sobre transferencia del dominio de esta clase de bienes, sea que exista en protocolo o en expediente, como lo disponen los artículos 2652 y 2675 del Código Civil. Y por tanto también se aplica para la hijuela en juicio de sucesión que es prueba solemne, única admisible para demostrar la adquisición del dominio de un inmueble en sucesión por causa de muerte.

Por las razones anteriores, concluye la Sala que el Tribunal obró correctamente al estimar como no probado el título por el cual la viuda del señor Alberto Pedraza debió adquirir el dominio del inmueble en la sucesión de su esposo, y, consiguientemente, al considerar como no probada la cadena de títulos hasta el tronco inicial que en la demanda se señala, o sea la venta de José Vergel al mencionado Pedraza. Sobre estas bases, el fallo del Tribunal al negar las peticiones de la demanda se ajusta a la ley, pues el actor no demostró una cadena de títulos ininterrumpida que le diera derecho preferencial al inmueble.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 6 de noviembre de 1947.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Hernando Lizarralde, Secretario.

RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR LESION ENORME.—LA RESCISION DE LA VENTA POR CAUSA DE LESION ENORME NO TIENE LUGAR EN LAS COMPRAVENTAS ALEATORIAS—EN LA RESCISION DE UN CONTRATO POR ESTE MOTIVO, EL UNICO FACTOR QUE ES MATERIA DE DISPUTA Y QUE VIENE A SER ESENCIAL EN LA LITIS Y EN EL FALLO DE LA CONTROVER-SIA, ES SI EFECTIVAMENTE LA COSA FUE VENDIDA POR UN PRECIO IRRITO, QUE HA VENIDO A IRROGAR UN PERJUICIO MANIFIESTO EN EL PATRIMO-NIO DEL CONTRAYENTE QUE LA HA PADECIDO.—NO PUEDE, PUES, TENER-SE EN CUENTA SI LOS TITULOS SON DEFECTUOSOS, EN EL MOMENTO DE LA VENTA, CON RESPECTO AL INMUEBLE MATERIA DE LA ENAJENACION. POR REGLA GENERAL, EN LA ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME NO JUEGA LA DEBIDA COMPROBACION DEL DERECHO DE DOMINIO QUE TEN-GA EL VENDEDOR SOBRE EL INMUEBLE QUE FUE MATERIA DE LA CON-VENCION

Los contratos onerosos son aquellos que tienen por objeto la utilidad de ambos con-tratantes, gravándose cada uno en beneficio de otro (artículo 1497 del C. C.). Ejemplo: la compraventa, el arrendamiento, etc. Ta-les contratos se subdividen en CONMUTA-TIVOS y ALEATORIOS. Los primeros son aquellos en que cada una de las partes se obliga a dar o hacer alguna cosa, que se mira como equivalente de lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. En los se-gundos, ese equivalente consiste en una con-tingencia incierta de ganancia o pérdida (artículo 1498 del C. C.).

En los contratos conmutativos, la exten-sión de las prestaciones que se deben las partes es inmediata y cierta. En los aleato-rios, por el contrario, la prestación debida por una de ellas, depende de un aconteci-miento incierto, que hace imposible dicha evaluación mientras el acontecimiento no se realice. (Planiol, Tomo 2º, número 954).

Ahora bien: la LESION es el perjuicio que una parte experimenta cuando en un con-trato conmutativo recibe de la otra un va-lor inferior al de la prestación que sumi-nistra. .

El perjuicio nace, pues, de la desigualdad de los valores de las prestaciones de uno y otro contratante. La lesión, cuando reviste caracteres graves, es denominada ENORME y reclama una sanción en bien de la equi-dad, que conforme a la etimología de la pa-

labra, consiste en la igualdad de trato. La ley ha considerado necesario proteger, en caso de lesión enorme, a los perjudicados, en contra de los que fueron más hábiles en sus estipulaciones (artículos 1946 y 1947 del C. C.).

La rescisión de la venta por causa de le-sión enorme no tiene lugar en las compra-ventas aleatorias, o sea en las que se pre-sentan en forma de probabilidades de ga-nancias o pérdidas, en razón de la incerti-dumbre que existiría, sea sobre el valor de la cosa materia del contrato, sea sobre el monto del precio. Así, la acción rescisoria no cabría cuando el contrato apareciera ce-lebrado en condiciones que hacen aleatoria la venta, verbi gracia, de un usufructo vi-talicio, de una nuda propiedad sujeta a la consolidación con el usufructo que radica en la cabeza de un tercero, casos en los cuales no es dable controvertir el justo precio de la cosa vendida.

Los expositores concuerdan al considerar que el riesgo o contingencia puede correrse por ambas partes o por una de ellas, y como se presume que en la mayoría de los casos, quien efectúa una operación de compraven-ta, tiene en mira un lucro, la ventaja que ha de derivar del negocio, cuando esa ven-taja depende de un acontecimiento incierto, como sería la muerte, en el caso del usu-fructuario, para que se consolide la propie-dad, el contrato es aleatorio, porque la ga-

nancia o ventaja depende del mayor o menor tiempo que el usufruario viva; el riesgo es elemento indispensable de la convención, y no se concibe un contrato aleatorio sin que uno u otro de los contratantes tome a su cargo riesgos y peligros.

Según lo ha expuesto la Corte, en la rescisión por causa de lesión, el único factor que es materia de disputa y que viene a ser esencial en la litis y en el fallo de la controversia, es si efectivamente la cosa fue vendida por un precio irrito que ha venido a irrogar un perjuicio manifiesto en el patrimonio del contrayente que lo haya padecido. Por este aspecto, lo que viene a ser conducente en el debate judicial y lo que constituye en esencia la cosa subjudice, es la debida confrontación y examen del precio de la venta y del justo valor de la cosa vendida en la fecha de la convención, para de esa manera deducir judicialmente si en efecto, entre esos dos precios o elementos de estimación existe una diferencia substancial, que ésta se eleve a la mitad del justo precio de la cosa, o a más del doble del precio estipulado. (Véase Casación de 24 de agosto de 1938, G. J., número 1943, pág. 489).

No puede, pues, tenerse en cuenta si los títulos son defectuosos, en el momento de la venta, con respecto al inmueble materia de la enajenación. Tales inconvenientes pueden dar lugar a otra clase de acciones. En la de rescisión por lesión enorme, no juega la debida comprobación del derecho de dominio que tenga el vendedor sobre el inmueble que fue materia de la convención, a menos que el negocio realizado fuera el evento incierto de una litis en la cual estuviera envuelta la propiedad inmueble que se adquiere, circunstancia que, necesariamente, ha de aparecer de los términos del contrato. (V. G. J., Tomo 47, pág. 489).

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Por medio de la escritura pública número 2187 de 17 de noviembre de 1944, de la Notaría Se-

gunda del Circuito de Cali, debidamente registrada, la señora Ernestina Valencia, mujer soltera, mayor de edad y vecina de allí mismo, vendió al señor Vicente Arbeláez, también mayor y de igual vecindad, un lote de terreno de una superficie de diez mil setecientos setenta y ocho metros cuadrados, con sesenta y un centímetros (10.778.61 m².—61 cmts.), situado en el costado Sur-occidental de la ciudad de Cali, en una de las curvas de la carretera de circunvalación en el contrafuerte vecino hacia el Sur de la planta del Acueducto Municipal y circunscrito por los linderos que allí se designan.

El precio estipulado fue la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00), que la vendedora declaró recibidos a satisfacción. Expresa la misma que no tiene título escriturario del inmueble que vende, pero que lo ha poseído por más de cuarenta años y que sobre él jamás ha reconocido derechos de terceras personas.

El comprador, señor Arbeláez, declara que acepta la venta que por medio de tal instrumento se le hace, por estar de acuerdo con lo convenido.

Ya al final del instrumento y después de haber hecho constar el Notario que se leyó y aprobó lo estipulado, se encuentra la siguiente constancia: "En este estado agrega el señor Arbeláez: que reconoce a la señora Ernestina Valencia como dueña exclusiva del lote que dicha señora se ha reservado, o sea el distinguido en el plano con las letras A, B, C, D, C y A, que tiene un área superficial de siete mil doscientos veintidós metros con setenta y un centímetros cuadrados (metros 7.221,71) y asimismo cede el exponente a la señora Ernestina Valencia cualquier derecho, que a cualquier título, tenga o pueda tener, bien sobre el precitado lote de terreno o bien sobre la casa allí existente, y que es de cargo del exponente el valor de dos copias de esta escritura....".

Con base en las estipulaciones contractuales que se acaban de detallar y por medio de apoderado, la señora Ernestina Valencia demanda al señor Vicente Arbeláez, para que se declare resuelto el contrato de compraventa por falta de pago del precio, o para que se sentencie que es simulado, por tratarse de una escritura de confianza, en que se buscó hacer aparecer al comprador como dueño de aquellas tierras para parcelarlas, y en subsidio, pide se sentencie que hubo lesión enorme en el precio acordado como valor de lo vendido, por lo cual suplica se declare la rescisión de la venta.

Como hechos se indican: que siendo la señora

Valencia dueña de dos lotes de terreno en el sitio de Santa Bárbara, en la "Loma de los Cristales", o "Bellavista", de la ciudad de Cali, transfirió en venta al demandado uno de ellos con un área de mts.² 10.778,61 cm.², por la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00), que el comprador no ha cubierto; que la venta en tales condiciones, se proyectó para poner al frente de esas propiedades a una persona de la sagacidad comercial del pretendido comprador, para valorizarlas y para corresponder a atenciones y a algunos pequeños préstamos que le había hecho el señor Arbeláez a la vendedora. Que si en gracia de discusión, se acepta que la venta fue real, el precio de la operación, dadas las condiciones de la zona vendida, su posición como terreno urbanizable, su valor en el momento de la transacción era mayor de diez mil pesos, por lo cual sostiene que hubo lesión enorme en el negocio.

El señor Arbeláez, al dar respuesta a la demanda, manifiesta que el contrato fue real, que no existe pretendida venta de confianza para valorizar las tierras, que entregó la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00), señalados en la escritura como precio de lo adquirido, en el cual debe incluirse la cesión de sus derechos en el lote y casa de habitación que se reservó la vendedora, y por lo mismo, no hubo lesión enorme en la negociación.

Sentencia de primera instancia

Con fecha veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, se decidió la primera instancia del pleito, con la absolución del demandado, por carencia de pruebas.

La providencia recurrida

Por apelación concedida de la sentencia de primer grado, los autos fueron enviados al Tribunal Superior de Cali, donde al final de la actuación correspondiente, se pronunció fallo, en que se declara rescindido por causa de lesión enorme, el contrato de compraventa en cuestión, disponiéndose lo concerniente sobre completo del precio o cancelación de las inscripciones para que la rescisión se opere, si el demandante no opta por lo primero. Se ordenó también, para este último evento, la devolución del precio al señor Arbeláez, con intereses, desde la fecha de la demanda (artículo, 1948 del C. C.).

Encuentra el fallador de segundo grado, que no se demostró por la demandante la simulación ale-

gada, pero que en su defecto, se estableció que entre el precio de venta y el valor de lo traspasado para el día en que se celebró el contrato había una diferencia suficiente para demostrar la lesión enorme sufrida por la señora Valencia, con la transmisión de su propiedad en la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00), y cuyo justo precio fijaron los peritos en treinta y dos mil trescientos treinta y cinco pesos con ochenta y tres centavos (\$ 32.335.83), a razón de tres pesos metro cuadrado.

Que la falta de título en la vendedora no puede tenerse en cuenta, puesto que la posesión era demostrativa de su carácter de dueña, carácter legalizado más adelante con el reconocimiento de su pertenencia según se estableció mediante la copia del fallo respectivo, traída a los autos por el demandado. Que claramente se hizo constar en la escritura de venta del predio, que la señora Valencia no tenía título, pero sí posesión como dueña por más de cuarenta años, sin oposición de ninguna persona. Que la falta de entrega de lo vendido, que alega el comprador, daría motivo a otras acciones, pero no justifica el precio pagado, con lesión de la vendedora.

En desacuerdo con el proveído del Tribunal, el señor Arbeláez ocurrió en casación. Ante la Corte, se ha hecho uso por las partes de los términos correspondientes y siendo la oportunidad legal, se pasa a fallar.

Los motivos de casación

Con fundamento en el artículo 520 del C. J., se aducen contra la sentencia los cargos que a continuación se estudian:

Cargo primero.—Error de hecho al apreciar la escritura pública número 2187 de 17 de noviembre de 1944, de la Notaría Segunda de Cali, por haber visto en ella un **contrato conmutativo** de transferencia del derecho real de dominio sobre el inmueble que describe el mismo instrumento público, cuando en realidad lo que contiene es una convención aleatoria, puesto que el objeto de la compraventa fueron los derechos contingentes, por inciertos e inseguros, de una posesión irregular y, por consiguiente, sospechosa.

Que la inseguridad del derecho que se transmitía al comprador, era tanto más patente, cuanto que la misma señora Valencia hizo que su vendedor la declarara dueña de lo que se reservaba, viniendo en la práctica a renunciar su posesión

tácitamente, con el reconocimiento que le hace Arbeláez.

Que dado que en materia jurídica, el tema de la posesión "es uno de los más espinosos e intrincados", se justifica que el Tribunal se haya equivocado al darle el valor de plena propiedad a la situación inestable que mantenía la vendedora sobre su fundo.

Que la ley confiere al poseedor ciertos derechos, que resaltan de la presunción establecida en favor del poseedor, con base en la cual se le reputa propietario, mientras su posesión no sea contradicha por quien justifique su legítimo dominio sobre la cosa, lo que hace inestable tal propiedad presunta.

Que los derechos eventuales que se derivan del estado de posesión, pueden ser enajenados, al tenor del artículo 1866 del C. C.

Que cuando esos derechos constituyen el objeto de una venta, el adquirente corre una contingencia incierta de ganancia o pérdida, porque entonces los derechos relativos a esa propiedad presunta o en formación, o como quiera llamársele, representan un riesgo, un azar, una cosa contingente, una álea, y que en contratos de esa naturaleza no cabe la lesión enorme.

Que en tales contratos no se vende la cosa materia de la operación, sino los derechos en ella. Que si la posesión es contradicha por quien justifique ser el legítimo dueño del bien poseído, el adquirente pierde lo que haya pagado por tales derechos, sin que le quede alguna acción contra el vendedor, porque aquél adquirió con plena conciencia del riesgo de no llegar a ser el dueño y señor de lo comprado, si el vendedor empieza por declarar que carece de título, como en el caso de autos.

"Como consecuencia del error que dejo demostrado —dice el recurrente— el sentenciador infringió los siguientes artículos del Código Civil: Por no haberlos aplicado, siendo el caso, el 669, que define el derecho real de dominio, el 673, que enumera los modos de adquirir el dominio; el 762, que fija los elementos integrantes de la posesión; el 764, que enseña cuándo es regular la posesión; el 770, que habla de la posesión irregular; el 1498, que da las normas para distinguir los contratos onerosos **conmutativos** de los **aleatorios**; el 1618, que prescribe atender más a la intención de las partes que a lo literal de las palabras; el 1759, que expresa sobre qué y entre quiénes hace plena fe el instrumento público; el 1866, que determina que las cosas corporales, o **incorporales**, como los

derechos, pueden ser objeto de la venta; el 2514, sobre renuncia tácita de la posesión; y por indebida aplicación, los artículos 1874 y 1875, que se refieren a la venta de cosa ajena, que no es el caso contemplado en el proceso; 1946, 1947 y 1948, referentes a la lesión enorme y que no tienen aplicación en las convenciones aleatorias y que por otras razones no eran aplicables al caso del pleito".

Para resolver se considera:

Los contratos onerosos son aquellos que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio de otro (art. 1497 del C. C.) Ejemplo: la compraventa, el arrendamiento, etc. Tales contratos se subdividen en **conmutativos** y **aleatorios**. Los primeros son aquellos en que cada una de las partes se obliga a dar o hacer alguna cosa, que se mira como equivalente de lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. En los segundos ese equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (art. 1498 del C. C.).

En los contratos conmutativos, la extensión de las prestaciones que se deben las partes, es inmediatamente cierta. En los aleatorios, por el contrario, la prestación debida por una de las partes, depende de un acontecimiento incierto, que hace imposible dicha evaluación mientras el acontecimiento no se realice. (Planioi Tomo 2, Nº 954).

Ahora bien: la **lesión** es el perjuicio que una parte experimenta cuando en un contrato conmutativo recibe de la otra un valor inferior al de la prestación que suministra.

El perjuicio nace, pues, de la desigualdad de los valores de las prestaciones de uno y otro contratante. La lesión, cuando reviste caracteres graves, es denominada **enorme** reclama una sanción en bien de la equidad, que conforme a la etimología de la palabra, consiste en la igualdad de trato. La ley ha considerado necesario proteger, en caso de lesión enorme, a los perjudicados, en contra de los que fueron más hábiles en sus estipulaciones (arts. 1946 y 1947 del C. C.).

Aplicando estos principios al caso en estudio, se encuentra que se trata de un contrato a título oneroso, conmutativo, como quiera que al estipularse, se consideró que lo que la vendedora se obligó a entregar, se miró como equivalente del precio obtenido, aun cuando, luego, en el presente proceso se demostró que existía lesión enorme.

Ahora bien: la rescisión de la venta por cau-

sa le lesión enorme no tiene lugar en las compraventas aleatorias, o sea en las que se presentan en forma de probabilidades de ganancias o pérdidas, en razón de la incertidumbre que existiría, sea sobre el valor de la cosa materia del contrato, sea sobre el monto definitivo del precio. Así, la acción rescisoria no cabría cuando el contrato aparece celebrado en condiciones que hacen aleatoria la venta, *verbi gracia*, de un usufructo vitalicio, de una nuda propiedad sujeta a la consolidación con el usufructo que radica en la cabeza de un tercero, casos en los cuales no es dable contravenir el **justo precio** de la cosa vendida.

Los expositores concuerdan al considerar que el riesgo o contingencia puede correrse por ambas partes, o por una de ellas, y como se presume que en la mayoría de los casos, quien efectúa una operación de compraventa, tiene en mira un lucro, la ventaja que ha de derivar del negocio, cuando esa ventaja depende de un acontecimiento incierto, como sería la muerte, en el caso del usufructuario, para que se consolide la propiedad, el contrato es aleatorio, porque la ganancia o ventaja depende del mayor o menor tiempo que el usufructuario viva; el riesgo es elemento indispensable de la convención, y no se concibe un contrato aleatorio sin que uno u otro de los contratantes tome a su cargo riesgos y peligros.

Según lo ha expuesto la Corte, en la rescisión por causa de lesión, el único factor que es materia de disputa y que viene a ser esencial en la litis y en el fallo de la controversia, es si efectivamente la cosa fue vendida por un precio irrito, que ha venido a irrogar un perjuicio manifiesto en el patrimonio del contrayente que la haya padecido. Por este aspecto, lo que viene a ser conducente en el debate judicial y lo que constituye en esencia la cosa subjudice, es la debida confrontación y examen del precio estipulado en la venta, y del justo valor de la cosa vendida en la fecha de la convención, para de esa manera deducir judicialmente, si en efecto, entre esos dos precios o elementos de estimación, existe una diferencia tan substancial, que ésta se eleve a la mitad del justo precio de la cosa, o a más del doble del precio estipulado, (Véase Casación de 24 de agosto de 1938, G. J. Nº 1943, pág. 489).

No puede, pues, tenerse en cuenta si los títulos son defectuosos, en el momento de la venta, con respecto al inmueble materia de la enajenación. Tales inconvenientes pueden dar lugar a otra clase de acciones. En la rescisión por lesión enorme, no juega la debida comprobación del derecho de

dominio que tenga el vendedor sobre el inmueble que fue materia de la convención, a menos que el negocio realizado, fuera el evento incierto de una litis en la cual estuviera envuelta la propiedad inmueble que se adquiriera, circunstancia que, necesariamente, ha de aparecer de los términos del contrato. (Véase GACETA JUDICIAL, Tomo 47, pág. 489).

En el caso sub-judice, fue materia del contrato un lote de terreno, debidamente delimitado y medido, con una extensión de 10.778. 61 metros cuadrados, por la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00) lote que fue estimado por los peritos designados en el presente juicio, para la fecha de la venta, en la suma de treinta y dos mil trescientos treinta y cinco pesos y ochenta y tres centavos (\$ 32.335.-83).

Verdad es que la vendedora expresó que no tenía título escriturario, pero hizo constar que poseía aquel bien raíz materia de la transacción, hacía más de cuarenta años; y treinta bastan para declararla dueña, como en realidad se le reconoció, según aparece en el proceso. La venta fue, pues, pura y simple, y no el evento incierto de una litis que no existía, ni de simples derechos en la cosa vendida.

El comprador tenía en su favor la acción de saneamiento, para el caso de que la posesión que declaraba la vendedora que le permitía considerarse como dueña, no fuera efectiva, y se viese privado de la cosa por el verdadero dueño.

Cosa muy diversa sería, si para los efectos de la obligación del vendedor de sanear, se estuviera en el caso del inciso 3º del artículo 1909 del C. C., o sea, si el que compró "tomó sobre sí el peligro de la evicción especificándolo"; porque tal estipulación entrañaría un contrato aleatorio independiente, lo cual está permitido por aquel texto. (Dr. Fernando Vélez, Tomo VII, Nº 311, pág. 240).

Al final de la escritura otorgada por la señora Valencia a Arbeláez, sobre enajenación del lote materia del litigio, después que se aprobó el contrato en todas sus partes por los comparecientes y en el momento de firmar, aparece el comprador Arbeláez haciendo la manifestación de que reconoce a su vendedora como dueña exclusiva del lote que se reserva, como si la adquisición que acababa de hacer, no fuera la manifestación más explícita de tal carácter. La referida constancia, que no tuvo ninguna estimación en dinero o expresión de su valor, no podría aceptarse como elemento que formó parte de la compraven-

ta y que debía tenerse como elemento integrante del precio de lo negociado, porque los contratantes no lo dijeron, ni estipularon nada al respecto. En la compraventa allí realizada, se determinaron las cláusulas requeridas para su celebración: la cosa vendida y el precio, y éste aparece recibido por la vendedora. Hay en la manifestación que se comenta, consignada al final del instrumento, una declaración extraña al contrato, cuyos alcances no son materia del litigio. Allí no se dice que la renuncia que la cláusula comporta, se deba considerar como precio o parte del precio de la venta del inmueble vendido.

En consecuencia, ninguna de las circunstancias que caracterizan el contrato aleatorio, existe en la venta pura y simple de una zona de terreno, hecha por la señora Valencia al señor Arbeláez, de que da cuenta la escritura número 2187, y al decidirlo así, el Tribunal no violó ninguno de los preceptos que señala el recurrente, por errónea apreciación del referido contrato.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo segundo. Sostiene que el error en la apreciación del contrato celebrado el diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, llevó al Tribunal a "incurrir como incurrió en error de hecho, evidente en los autos, al apreciar el dictamen pericial porque los peritos avaluaron el lote de 10.778.61 metros cuadrados, como si se tratara de la tradición del dominio pleno de tal bien, y no tuvieron en cuenta que la vendedora "sólo pretendía ser poseedora irregular del fundo"; porque, lo vendido no fue el terreno, sino los derechos contingentes que podrían derivarse de la posesión irregular que mantenía la vendedora, no respaldada por título, que la hace insegura, desprovista de toda certidumbre; porque no habiendo sido avaluado el objeto del contrato, el sentenciador carecía de base cierta para saber si existía la lesión alegada; que si se estudia el proceso a fondo, se ve que el contrato "es todo de utilidad y beneficio" para la demandante, porque el precio de los derechos sospechosos de la Valencia, que dijo transferirle a Arbeláez, no está representado únicamente en el lote vendido, sino también en la cesión de los derechos de dominio que Arbeláez le hizo a doña Ernestina sobre el globo de terreno que ella se reservó; que aún cuando los títulos de propiedad de Arbeláez no figuran en el expediente, constando sólo su existencia del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, el reconocimiento que la Valencia efectúa en la escritura de contrato, "hace

plena fe entre los otorgantes al tenor del artículo 1759 del C. C."

Por último, dice que el dictamen pericial se contrae exclusivamente al valor de la tierra; por consiguiente, la estimación en referencia, "se refiere a cosa distinta de la incorporal vendida".

Agrega que, si el Tribunal le dio a ese dictamen un valor distinto del que la ley le asigna, surgiría entonces un error de derecho, por el cual también acusa.

Señala como violados, el artículo 721 del C. J., por aplicación indebida, y los artículos 1874, 1875, 1946, 1947 y 1948 del C. C., y por no haberlos aplicado, siendo el caso, los artículos 669, 673, 762, 764, 770, 1948 y 1866 del C. C.

Se considera:

Sería suficiente, para desechar el reparo, la sola consideración de que los peritos avaluaron lo que se les pidió y ordenó avaluar, que fue la cosa materia del contrato de compraventa, determinada y singularizada en la cláusula cuarta de la escritura número 2187 de 1944, que se lee: "Cuarto. Que por el presente instrumento transfiere a título de compraventa al señor Vicente Arbeláez, el lote de terreno señalado con las letras A - C - H - G - F - A en el plano protocolizado por medio de esta escritura, lote de terreno que tiene una área superficial de diez mil setecientos setenta y ocho metros cuadrados con sesenta y un centímetros cuadrados (10.778.61) y se halla comprendido por los siguientes linderos": (que se señalan).

Por otra parte, como se expresó al hacer el estudio del cargo anterior, la cosa o el bien materia de la venta, no fue otro que el lote en cuestión, por el precio de tres mil pesos (\$ 3.000.00), desechándose, en consecuencia, la alegación del recurrente, de que en éste debía comprenderse el valor de la renuncia de ciertos derechos, expresada por el comprador al final del instrumento público que recoge el contrato realizado entre el señor Arbeláez y la señora Valencia.

Luego, si como consecuencia de lo ya dicho al declarar infundado el cargo primero, el objeto de la negociación fue el lote avaluado por los peritos, y no se han atacado, por otra parte, los fundamentos del dictamen que aceptó el Tribunal, si no pudo demostrarse que hubo error de hecho en la apreciación del contrato que recoge la escritura 2187, necesario es concluir que tampoco hubo error en la apreciación del dictamen que,

como ya se dijo y se repite, no fue atacado por sus fundamentos, sino porque el justiprecio no abarcó la renuncia de ciertos derechos, que considera el recurrente como elementos integrantes del precio.

Como del examen de los antecedentes del peritazgo, y de los motivos que movieron al Tribunal para aceptar el avalúo practicado del bien materia de la compraventa, no se desprende el error evidente de hecho en la apreciación de la prueba, se declara que no hay fundamento para aceptar el cargo.

Cargo tercero. Dice el recurrente:

"Inició el sentenciador en error de hecho y de derecho en la apreciación de la sentencia de fecha siete de abril de 1947, sobre declaración de pertenencia en favor de Ernestina Valencia, pronunciada por el Juez 5º Civil del Circuito de Cali, que se lee a los folios 10 a 13 del Cuaderno N° 8º"; por no estar registrada la copia de la referida providencia; porque ni aún llenada tal formalidad, ningún influjo favorable podría tener ese documento en favor de las pretensiones de la demandante, ya que un examen de tal instrumento revela su mala fe, por cuanto el juicio de declaración de pertenencia se siguió con la simple audiencia del Personero Municipal, no obstante que el dueño del predio era el señor Arbeláez; que como aparece de un certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos, que corre en los autos, el mismo Arbeláez es dueño de una extensión de 6.442 metros cuadrados, por adjudicación que se le hizo en el juicio de división material seguido con la señora Teresa Aparicio de Piñeres.

Porque habiendo sido los derechos contingentes de poseedora, el objeto de la venta en 1944, y no el predio propiamente dicho, no podría considerarse el contrato como venta de cosa ajena, ni aplicarse, por consiguiente, los artículos 1874 y 1875 del C. C., para sostener, con error de hecho y de derecho, que la inscripción de la sentencia sobre declaración de pertenencia a favor de doña Ernestina, había ratificado la tradición y el dominio del inmueble en cabeza del señor Arbeláez, porque éste, jurídicamente, no compró la cosa que decía poseer la Valencia, sino los derechos que como poseedora alegaba ésta tener, "y éstos y no el predio fue lo transferido y a ellos se refiere la venta".

Que la complacencia del señor Arbeláez para comprar esos derechos dudosos, tuvo como objetivo no tener que promover un juicio de reivindicación.

Por último, sostiene que, al tenor del artículo 2º de la ley 120 de 1928, la declaración judicial de pertenencia, en tratándose de inmuebles, para que surta sus efectos, ha de ser inscrita.

Señala como violados, los artículos 669, 673, 2534, 762, 764, 770, 1948, 1618, 1759, 1866, 2514, 2652 y 2673 del C. C., y por indebida aplicación, los artículos 1874, 1875, 1946, 1947 y 1948 del mismo Código.

Se considera:

En la sentencia en estudio, se encuentra el siguiente concepto del Tribunal, como fundamento del fallo:

"De la exposición pericial transcrita en lo pertinente, se deduce que la demandante sufrió lesión enorme al recibir la cantidad de \$ 3.000.00 como precio de la compraventa de que se trata; de tal suerte que la petición subsidiaria de la demanda, debe prosperar ya que por otra parte el dictamen pericial está debidamente explicado y fundamentado y las objeciones que le formuló la parte demandada, dentro del término correspondiente no prosperaron, según puede verse de los autos de fechas..." etc.

De tal manera, que el soporte primordial de la providencia en estudio, no es otro que la demostración hecha en el juicio, por medio de un peritazgo rendido en debida forma, de que el precio de lo vendido fue inferior en el momento en que se celebró el contrato, en más de un cincuenta por ciento, del justo valor de la cosa.

A mayor abundancia de razones y contestando el argumento del demandado sobre la inseguridad del derecho de propiedad adquirido sobre el inmueble, el Tribunal expresa que, según se demuestra con la copia del fallo, con la declaración de pertenencia materia de la objeción, se saneó el título del comprador. Pero, a continuación, el mismo sentenciador observa que en la escritura de venta se hizo constar la posesión por más de cuarenta años, con ánimo de señor y dueño y sin reconocer dominio de otra persona.

Es de advertir, que la copia de la providencia aludida la trajo al juicio sin registro el denan-

dado señor Arbeláez y que es extraño, por lo menos, que quiera alegar a su favor su propia falta.

Entre los hechos de la demanda, tampoco figura tal declaración como pertinente de los fines de la acción.

Así pues, necesario es concluir que la sentencia tiene otros soportes que la sustentan debidamente, que aun cuando atacados, quedan en pie, y que hacen ineficaz el cargo aducido.

Sentencia:

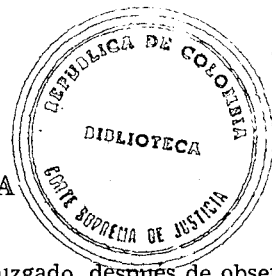
Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, adminis-

trando 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, de fecha once de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo A.—Pablo Emilio Manotas.
Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.



ACCION REI VINDICATORIA

En tratándose de bienes inmuebles, el art. 1873 del C. C. no toma en cuenta, para establecer la preferencia de que habla, la posesión material, sino la inscrita y la entrega o tradición que se efectúa mediante el registro del respectivo título.

A este respecto ha dicho la Corte:

.. "El artículo 1873 del C. C., al hablar de comprador que haya entrado en posesión se refiere, tratándose de inmuebles a aquel a quien se haya transferido el dominio mediante la tradición, efectuada por el registro"

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Luis Felipe Medina le vendió a Juan Bautista Hoyos un inmueble llamado Sacha; Hoyos no pagó en su totalidad el precio, y fue demandado por Medina pidiendo a las autoridades judiciales que se declarara resuelto el contrato y se ordenara a Hoyos restituirle el inmueble cuestionado, lo cual fue declarado judicialmente.

Hoyos entonces, por demanda de once de abril de mil novecientos cuarenta y siete, pide ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto que se declare que Medina "está en la obligación de reconocerle y pagarle las mejoras puestas en la hacienda Sacha".

En primera instancia se dictó sentencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete en la cual se condena a Medina a pagar al demandante Hoyos "el valor a que ascienden las mejoras puestas por el demandante en la hacienda Sacha, de propiedad del demandado, valor que se reduce a las mejoras que se señalan, de modo exclusivo, en el último aparte de la exposición de motivos de esta sentencia, cantidad que se determinará en la forma establecida por el artículo 553 del C. J."

El Tribunal Superior de Pasto, según fallo de diez de junio de mil novecientos cuarenta y ocho

confirmó el del Juzgado, después de observar que en la sentencia de primer grado se ha debido principiar por estudiar la acción, pues solo cuando ésta no aparece establecida se entra a decidir sobre las excepciones.

El demandante Hoyos, favorecido en la sentencia del Tribunal, interpuso el recurso de casación, y a decidirlo se procede.

De acuerdo con la sentencia de primer grado, las mejoras que debe pagar Medina a Hoyos, son: construcción del cimiento para ensanchar el patio de la casa; construcción de una pieza pequeña en el corredor de la misma; construcción del pasamano en el corredor; construcción de entablados en las piezas donde se verificó esta mejora; colocación de pilares nuevos en la misma casa; colocación de puertas nuevas en ésta, y construcción de una casa pajiza en el punto de la hacienda llamado La Mesa.

Estimó el recurrente que en la enumeración anterior faltaron mejoras relacionadas con los potreros, y por eso se queja contra la sentencia del Tribunal, que aceptó sólo las fijadas por el Juzgado; y se dice en la demanda de casación que se invoca la primera causal del artículo 520 del C. Judicial con un solo cargo, a saber: "Violación de los artículos 965 y 966 del C. C. por violación directa proveniente de su no aplicación, debiendo haber sido aplicados, ya que así lo requerían los supuestos de hechos".

Desenvuelve el recurrente su acusación así: En la segunda instancia se produjeron los testimonios de Carlos Agudelo, Gil Larraneaga, Clímaco Cabrera y Lucio Velasco, los cuales fueron desestimados por el Tribunal, no obstante que de esos testimonios resulta que el actor realizó en el inmueble estas otras mejoras: apertura y siembra de potreros; cerramiento de los mismos con zanjas y cercas de madera y alambre; cultivo de sembrerías; hechura de zanjas y drenajes para la desecación de los terrenos pantanosos.

Ante esta alegación del recurrente, es preciso dejar establecido de una vez, que conforme a la demanda, hecho 6º, las mejoras a cuyo pago aspiraba o aspira el actor son: "La reparación completa de la casa de habitación, la limpieza de los potreros y su empradización y conservación total."

de la propiedad para hacerla apta para la agricultura y la ganadería".

Sobre las declaraciones a que el recurrente se refiere dice el Tribunal que "son vagas, sin llegar a aumentar la prueba que se analizó en primera instancia, o mejor dicho, en materia de mejoras en nada cambió la situación de hecho fijada en la primera instancia".

Y sobre esto agrega el recurrente: Por no haberle dado el Tribunal el pleno valor probatorio que la ley asigna al testimonio, se incidió en error de derecho que aparece de manifiesto en los autos.

Sobre esas mejoras relacionadas con los potreros, dice la sentencia del Tribunal que son necesarias "las que exige la misma conservación de la cosa, o sea, que si no las efectuase, se deprecia el mismo valor de la cosa, pues que se deteriora o perjudica, ya materialmente o en cuanto a la defensa de su derecho". Y agrega: "No se tienen como mejoras el cuidado de los potreros, pues que no tienen el carácter de permanente, ya que si los descuida nuevamente llegan a perjudicarse. Anotándose que los declarantes no manifiestan ni concretan el hecho de haberse formado nuevos potreros y que existan hasta la actualidad; lo mismo ocurre respecto de los cierros, pues que si es verdad que se afirma que en un tiempo los hubo, igualmente se dice que hoy no existen y que los potreros se hallan con malezas; por lo tanto estas actividades y labores de orden transitorio, no llegan a constituir mejoras que puedan ser apreciadas en la actualidad".

Conviene examinar si las declaraciones de Agudelo, Larreneaga, Cabrera y Velasco, que invoca el recurrente, si modificaban la situación expuesta por el Tribunal, por no ser imprecisas y vagas, como se calificaron en la sentencia, por lo cual no se les consideró; no obstante que si el Tribunal prescindió de estas declaraciones, el error sería de hecho y no de derecho como lo enuncia el recurrente.

Dijo Agudelo:

Que conoce la hacienda, sin que pueda precisar los linderos, por haber ido a ella ocasionalmente unas tres o cuatro veces.

Que seis años atrás que visitó la hacienda estaba abandonada; y que últimamente la encontró en muy buen estado, pues la casa había sido reparada, y había potreros empastados.

Que constató que se habían realizado mejoras consistentes en cierres de potreros con alambre, zanjias y madera.

Que le parece que esas mejoras son necesarias y que valen de veinte a veintidos mil pesos.

Que en una ocasión pudo contar hasta cuarenta yuntas de bueyes diseminados por el campo limpiando rastrojo y atrás iba la peonada regando semillas.

Que no puede decir cómo le sería entregada la finca a Hoyos, pues cuando conoció la finca ya era de éste.

Y sobre esta declaración se puede preguntar: si cuando la finca era de Medina el declarante no la conoció, ¿cómo podía saber que las mejoras de que él habla se debían a Hoyos? Y si sólo ocasionalmente conoció la finca cuando fue a ella a comprar ganado, ¿cómo pudo ver esa inmensa cantidad de yuntas de bueyes "diseminadas por el campo", un campo que él no conocía en conjunto pues ignoraba sus linderos?

Dijo Larreneaga:

Que a fines de mil novecientos cuarenta y uno conoció ocasionalmente la finca, y Hoyos le dijo que le pertenecía, sin que supiera quien había sido el anterior dueño.

Que como su visita fue ligera, ni supo de sus linderos ni de su extensión.

Que cuando conoció la finca era en su mayor parte rastrojo; y que el señor Hoyos lo contrató para que arara con tractor unas treinta hectáreas, pero no pudo realizar esto porque se ausentó.

Que cuando visitó la finca observó que estaban haciendo un drenaje superficial, y aconsejó que lo hicieran más profundo; pero que como no volvió a la finca, nada volvió a saber sobre ese drenaje.

Que no puede calcular sobre el valor de las mejoras, porque no conocía antes la finca.

Esto sólo quiere decir que el testigo, en síntesis, nada sabe en concreto sobre las mejoras, porque no conoció la finca cuando era de Medina, y porque su visita a ella fue ligera y ocasional.

Dijo Cabrera:

Que no conoce en toda su extensión la hacienda que se dice fue comprada por Hoyos, pero si conoce parte de ella.

Que es verdad que Hoyos, con unos hijos, la señora y el mayordomo, se han dedicado desde hace seis o siete años a la agricultura, arando grandes extensiones y sembrando trigo, papas y otros artículos, tumbando montes para hacer cultivos, limpiando potreros, mejorando en un todo la hacienda, y poniéndola en mejores condiciones que cuando la recibió.

Que Hoyos ha montado potreros "en los cuales

ha mantenido entre cientocincuenta y doscientas reses, constándome ésto porque en cierta ocasión Hoyos vendió un lote de ganado de sesenta novillos”.

Que también le consta que Hoyos solicitó permiso al Padre Juvenal Ortega para almacenar en el convento un lote de trigo cosechado en la hacienda, aproximadamente de trescientas cargas.

Que allí almacenó no menos de doscientas cargas de papa.

Que en la hacienda se han efectuado zanjias para desecar el terreno pantanoso.

Que Hoyos ha realizado numerosas mejoras en la hacienda.

Que en su concepto, esas mejoras valen \$ 15.000 “aclarando que cuando la parte de la hacienda que conoce se encontraba bajo dominio y cuidados del señor Luis Felipe Medina no daba el rendimiento que en la actualidad”.

Por último, dice: “No puedo asegurar en qué estado y condiciones se efectuó la entrega de la hacienda Sacha por el señor Medina al señor Hoyos”.

Como se ve, la imprecisión de esta declaración es completa, sin que haya la más mínima prueba sobre determinadas mejoras realizadas por Hoyos dentro de la hacienda, después de que la compró a Medina.

Dijo Velasco esto, que es lo más importante de su declaración, pues lo otro es más o menos lo que expresó el anterior testigo: “La primera vez que conocí este fundo, lo ví lleno de montaña y apenas unas seis hectáreas con pastos cultivados; luego en el año de 1945 lo encontré completamente reformado, es decir, con mayores desmontes, gran extensión de potreros y varios cultivos, habiendo a las claras este trabajo que el señor Ho-

yos o sus peones se habían dedicado a mejorar día a día esa propiedad, los cierros de zanjias, cercas y zanjamientos se dejaron entrever en esta ocasión lo que no pude observar en la primera”.

Esto, como se ha dicho, es lo principal de la declaración, y nada dice en concreto sobre la existencia de unas mejoras debido al esfuerzo de Hoyos después de que compró la finca a Medina.

Pero en orden a estos testimonios, aún se puede suponer que de ellos resulta alguna prueba sobre mejoras: mas en tales testimonios quedaría un vacío, a saber: no aparecería de ellos que las mejoras hubieran existido al momento en que la restitución a favor de Medina fue declarada, lo cual sería condición esencial.

Este examen está mostrando que el Tribunal apreció bien esas deposiciones de los testigos, afirmando de ellas que eran vagas y que en nada modificaban lo establecido en la primera instancia. Lo cual quiere decir que la queja del recurrente contra la sentencia del Tribunal es infundada.

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 del Tribunal Superior de Pasto, de fecha diez de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiése, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

En tratándose de bienes inmuebles, el artículo 1873 del C. C. no toma en cuenta, para establecer la preferencia de que habla, la posesión material, sino la inscrita y la entrega o tradición que se efectúa mediante el registro del respectivo título.

A este respecto ha dicho la Corte:

"El artículo 1873 del C. C., al hablar de comprador que haya entrado en posesión, se refiere, tratándose de inmuebles a aquel a quien se haya transferido el dominio mediante la tradición, efectuada por el registro".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo veinte y cuatro de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Obdulia Román de Hincapié propuso ante el Juez Civil del Circuito de Sevilla, V., juicio ordinario contra Moisés Brito Arias y Ramón Brito para que se declare que ella es dueña de la mitad de la finca determinada en el hecho primero de la demanda y para que se les condene a restituírsela, junto con sus frutos. Subsidiariamente solicitó que las mismas declaraciones se hicieran en favor de la comunidad formada por la actora y Tomás Román en el aludido inmueble.

Como fundamentos de la acción se alegaron los que en seguida se resumen:

Primero. Que por Escritura Pública N° 1426 de 18 de diciembre de 1945, de la Notaría de Sevilla, la actora compró a Leonor Muñoz de Román la mitad del bien que allí se describe;

Segundo. Que ésta lo había adquirido de Mercedes Arias v. de Brito, según Escritura N° 736 de 1° de octubre de 1938;

Tercero. Que el instrumento citado en el punto anterior lo otorgó la viuda de Brito en cumplimiento del documento privado suscrito por Evaristo Brito y Leonor Muñoz de Román en el que se hizo constar que el contrato de compraventa contenido en la Escritura N° 1245 de 26 de diciembre de 1936, de la Notaría de Sevilla, y ce-

lebrado entre las dos personas últimamente mencionadas, es simulado; y

Cuarto. Que Leonor Muñoz de Román, tradente de la actora tuvo la posesión material del inmueble "hasta cuando le fue arrebatada mediante diligencia de secuestro practicada" en el juicio ejecutivo simulado de Moisés Brito Arias contra Ramón Brito, en el cual se remató la finca, sin que llegara a registrarse ni a aprobarse el remate.

Surtida la primera instancia con oposición de los demandados, el Juez del conocimiento decidió el juicio en sentencia de 26 de julio de 1948, absolviéndolos de los cargos que se les formularon, la que apelada por la actora fue confirmada por el Tribunal Superior de Buga, mediante la suya de 26 de julio de 1949.

En esa sentencia el Tribunal después de hacer un resumen sobre las pretensiones de las partes y de las pruebas traídas al debate, expone consideraciones incidentales sobre a cuál de aquéllas podrá favorecer la prescripción ordinaria, y luego dice que ha llegado al convencimiento "de que aun cuando en el juicio la parte demandante identificó como cosa cierta y determinada, el inmueble materia de la reivindicación lo mismo que su ocupación, por parte de uno de los demandados (Ramón Brito), en cambio, carece la actora de un mejor derecho de dominio, o de mejor título que el aducido por el demandado Ramón Brito, como es el de su causante señor Evaristo Brito que se remonta al año de 1936. Porque confrontando los dos títulos que han traído las partes al juicio como fundamento de sus opuestas pretensiones, resulta que el de la demandante, que no es otro que la escritura número 1426, de 18 de diciembre de 1945, es posterior al del demandado Ramón Brito, siendo esta circunstancia razón suficiente para que él (el demandado) sea preferido en el dominio del inmueble que se reivindica. Confirmando así la sentencia materia de la apelación".

A la actora se le concedió recurso de casación el que debidamente sustentado y tramitado se procede a decidir.

El recurrente, apoyándose en la causal primera del artículo 520 del C. J. propone contra la sen-

tencia los dos cargos que en seguida se resumen y estudian separadamente.

Cargo primero.— Afirma el recurrente que en el proceso no obra la escritura número 1245 de 26 de diciembre de 1936, por la cual Leonor Muñoz de Román vendió a Evaristo Brito el predio materia de la reivindicación, en la cual se basa el Tribunal para sostener que el título de los demandados es mejor que el de la demandante, sino apenas la constancia de su inscripción en el registro, pero que aunque existiera, no aparece la entrega material que la tradente le hubiera hecho a Evaristo Brito, pues por el contrario consta de las declaraciones que cita, que aquélla continuó en la posesión material del inmueble hasta 1945, en que transfirió su derecho y le hizo entrega a la recurrente; que el justo título en materia de inmuebles lo constituye la escritura pública debidamente registrada, en que conste el contrato; que el Tribunal al apreciar la hijuela que a Ramón Brito se le formó en la sucesión de Evaristo Brito, no tuvo en cuenta que ella no fue el título con el cual adquirió la posesión del inmueble litigioso, sino el acta de remate verificado en el juicio ejecutivo de que habla la demanda; que la sentencia, al apreciar indebidamente la hijuela y declaraciones aludidas, dejando de relacionarlas con el acta de remate, vulneró el derecho de condominio de la demandante; que al hablar la sentencia de que la prescripción ordinaria favorece a Ramón Brito, con fundamento en que la posesión inscrita de Evaristo Brito se cuenta desde 1936 y se suma a la de aquél, incurrió en el error de derecho de no tener en cuenta que hoy día la propiedad implica una función social, y que para adquirir la propiedad y posesión de bienes raíces no sólo se necesita el registro, sino también la entrega material del bien; que al hacer la citada aseveración, el fallador incurrió en otro error de derecho, pues sabido es que para adquirir un bien raíz por prescripción ordinaria es menester posesión regular durante el lapso de diez años y Ramón Brito carece de justo título, pues el acta del referido remate que es la verdadera causa de su adquisición, no fue inscrita en el registro; que además tampoco hay lugar a la suma o agregación de posesiones de que habló el Tribunal, por las razones que al efecto expone; y que, por último, como Leonor Muñoz de Román vendió separadamente el mismo bien a Evaristo Brito y a Obdulia Román de Hincapié, el Tribunal no tuvo en cuenta que ésta, por haber entrado en posesión del inmueble litigioso, debió ser preferida

conforme lo preceptúa el artículo 1873 del C. C.

El recurrente remata así su acusación:

“El Tribunal fallador, al apreciar indebidamente la constancia de la inscripción de que habló en el numeral **Primero**, la adjudicación referida a Ramón Brito, el acta de remate relacionada al fin del numeral **Sexto**, y las citadas declaraciones y la inspección ocular, o mejor, el acta de ella que se ve a fls. 18 vto. y 19 del cuaderno número 3 y desde los distintos puntos de vista que dejo enunciados en esta causal, quebrantó, por interpretación errónea el inciso 4º del artículo 764; por violación directa el artículo 2673; por interpretación errónea los artículos 2528, 2529, 765, 3º; 768, 769, 4º; 1873, y por interpretación errónea y aplicación indebida, los arts. 785, 791, 980, 2652, 1º, 2º hasta 8º; 2653, 2654, 2674, todos del C. C. y estos últimos en relación con el art. 30, 2º de la Constitución Nacional que también estimo infringidos por interpretación errónea y falta de aplicación”.

Se considera:

Tendría apenas una finalidad meramente académica, que es extraña a la índole propia del recurso de casación, y que hoy día es labor inconciliable con la celeridad en el trabajo que a la Corte impone el numeral 5º del artículo 1º del Decreto 1857 de 1951, el que la Sala se detuviese a considerar la integridad de las acusaciones que se formulan en el cargo cuya síntesis acaba de hacerse, pues sea cual fuere el resultado a que en el estudio abstracto de ellas se llegase, no habría lugar a infirmar la decisión absolutoria de la sentencia por las siguientes razones fundamentales:

En la demanda, que es la pauta obligada de la sentencia, se alega en esencia como base de la acción reivindicatoria que la señora Leonor Muñoz de Román le vendió a la actora por la escritura 1426 de 18 de diciembre de 1945, el inmueble materia de la reivindicación, y que a la vendedora la asistía el derecho de dominio que le transfirió, por cuanto que la venta que ella, la señora Muñoz de Román, había hecho anteriormente del mismo inmueble a Evaristo Brito, por medio de la escritura número 1245 de fecha 26 de diciembre de 1936, fue simulada, según así se hizo constar en documento privado que otorgaron las mismas partes.

De consiguiente, dadas las propias bases en que la controversia se plantea, para que en el proceso pudiera aceptarse que la recurrente y demandante es dueña del inmueble cuestionado y que le asiste la acción reivindicatoria que ha in-

coado, habría sido imprescindible que demostrase la simulación del primitivo contrato de compraventa, mediante la cual su tradente le transfirió a otro el derecho de dominio y "no existe prueba de esa simulación en los autos" como textualmente lo confiesa el recurrente en el punto segundo de su demanda de casación.

Y como al actor corresponde la carga de las pruebas de los hechos que afirma como fuente de su derecho, cuando no la da, su falta, omisión o descuido en producirla, necesariamente conlleva el resultado adverso para sus pretensiones.

De otro lado, atendiendo los hechos de la demanda y la falta de demostración de la simulación referida, la escritura número 1426 que invoca la demandante, contendría una compra de cosa ajena, la que es válida, conforme al artículo 1871 del C. C., pero sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, y como de la certificación del señor Registrador de Sevilla (f. 11 v., cuaderno número 4), consta que la escritura número 1245 de 26 de diciembre de 1936, por la cual Leonor Muñoz de Román vendió el inmueble a Evaristo Brito, fue debidamente registrada el 3 de mayo de 1937, y a folios 9 a 12 del cuaderno número 2 obra copia debidamente autenticada de la hijuela en que consta que a Ramón Brito se le adjudicó en la sucesión de su padre Evaristo Brito el inmueble materia de la reivindicación, hijuela que fue registrada legalmente el 29 de julio de 1944, quiere ello decir que a Ramón Brito, verdadero titular del derecho de dominio, no le perjudica ni le es oponible la venta que contiene la escritura número 1426 citada. Por este concepto se llegaría también al insuceso de la acción.

Mas en la demanda se afirma que el inmueble en cuestión no fue entregado materialmente a Evaristo Brito, y que la vendedora continuó en posesión de él, y en el cargo precedente, que por ese aspecto parece congruente con la demanda, sostiene el recurrente que se está en presencia de una doble venta del mismo bien a dos personas distintas, y que la actora tiene mejor derecho a él que el demandado, porque a ella se le hizo primero la entrega material, de lo cual desprende el quebranto que alega del artículo 1873 del C. C., al no decretarse la reivindicación.

Empero, a este respecto es suficiente advertir que en tratándose de bienes inmuebles, como es el caso de autos, el artículo 1873 del C. C. no toma en cuenta para establecer la preferencia de que habla, la posesión material, sino la inscrita y la entrega o tradición que se efectúa mediante el

registro del respectivo título. Y la inscripción de la compraventa hecha a Evaristo Brito, antecesor en el dominio de Ramón Brito, se efectuó según el ya citado certificado del Registrador, el 3 de mayo de 1937 y la hecha a la demandante, se llevó a cabo el 24 de diciembre de 1945. De allí se desprende que al demandado, no probada la simulación a que antes se ha hecho referencia, le asiste— como lo estimó el Tribunal— mejor derecho que a la recurrente al dominio del inmueble materia de la reivindicación, en conformidad con lo estatuido en el citado texto legal.

A este respecto ha dicho la Corte:

"El artículo 1873 del C. C., al hablar de comprador que haya entrado en posesión, se refiere, tratándose de inmuebles a aquel a quien se haya transferido el dominio mediante la tradición, efectuada por el registro". (Casación, 4 de julio 1911, XX, 60; 21 febrero de 1920, XXVII, 379; 7 junio 1920, XXVIII, 84; 30 noviembre 1920, XXVIII, 267; 31 de octubre de 1922, XXIX, 279; 15 de diciembre de 1923, XXX, 267; 2 octubre de 1930, XXXVIII, 97; 31 julio 1931, XXXIX, 226; 9 noviembre 1943, LVI, 276; 29 agosto de 1945, LIX, 916).

"Se ha entendido que la posesión de que habla el artículo 1873 del C. C. es la inscrita". (Casación 12 diciembre 1941, LII, pág. 818).

"En el caso de venta de una misma finca raíz a dos personas, el comprador que primero haya registrado su título será preferido al otro, de acuerdo con el artículo 1873 del Código Civil. La entrega a que ese artículo se refiere es la tradición que forma la materia del Título 6º del Libro 2º de este Código". (Casación, agosto 29 de 1945, Tomo LIX, pág. 916).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Segundo grado.—Sostiene el recurrente que en autos está plenamente acreditado, mediante las pruebas que cita, que la demandante Román de Hincapié fue poseedora regular del inmueble que se reivindica desde el 18 de diciembre de 1945, en qué se le otorgó la escritura de venta y se le hizo entrega real y material del mismo por la vendedora, y que continuó siéndolo hasta el mes de agosto de 1947, en que tal inmueble le fue entregado al rematador Ramón Brito, o sea durante un año y más de siete meses; que como la acción reivindicatoria se concede, como lo estatuye el artículo 951 del C. C., al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción, y el Tribunal no apreció las aludidas pruebas, incurriendo así en

error de hecho manifiesto, y quebrantó la citada disposición; que de otro lado, los demandados sólo han acreditado ser poseedores irregulares en el lapso comprendido entre el mes de agosto de 1947 y el 24 de enero y 14 de febrero de 1948, en que se les notificó la demanda, por lo cual resulta que la demandante es poseedora de mejor derecho, y tiene la acción consagrada en la citada disposición, y que con motivo de lo expuesto, el sentenciador "quebrantó por interpretación errónea y falta de aplicación los artículos 950, 951, 952, 961, 962, 963 y 964 del C. C."

Se considera:

La cuestión que se plantea en el cargo precedente, constituye un clásico medio nuevo, que es inadmisble en casación. Ha sido por primera vez ante la Corte y con ocasión de este recurso extraordinario, cuando la demandante ha invocado la acción excepcional que concede el artículo 951 del Código Civil, pues la que propuso en el libelo inicial del pleito se funda precisamente en la que como regla general conceden los artículos 946 y 950 *ibidem*, es decir, alegando que le asiste el derecho de dominio en el inmueble materia de la reivindicación, por haberlo adquirido por tradición; pero en parte alguna de esa demanda, y ni

siquiera en los alegatos de instancia que no fueron presentados por el recurrente, se planteó la reivindicación, con apoyo en los hechos previstos en el citado artículo 951.

De allí, pues, que la acusación constituya un medio nuevo que no es viable en casación, y que por lo tanto, deba ser rechazada, como en efecto se rechaza.

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 veinte y seis (26) de julio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), proferida en el presente negocio por el Tribunal Superior de Buga.

Condénase en costas al recurrente (artículo 29, ordinal 1º, Decreto 0243 de 1951).

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de origen.

Pedro Castillo Pineda—Gerardo Arias Mejía.
Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alberto Holguín Llorreda—**Hernando Lizarralde**, Secretario.

LA CAUSAL 7ª DE CASACION SOLO PUEDE REFERIRSE A LA ABSTENCION DE CONOCER POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

El 7º motivo de casación no depende, como es obvio, de que el Tribunal declare que es competente y se abstenga, no obstante, de conocer del asunto, situación imposible por absurda, desde luego que si la abstención obedece al reconocimiento de una excepción perentoria, que impide fallar sobre el fondo del pleito, la realidad es que está aplicando la ley de excepción oportunamente deducida o que aparece plenamente justificada en el proceso. Podría decirse que en tal caso el Tribunal no se abstiene de conocer sino que falla sobre la excepción. Y la sentencia, si el medio exceptivo no está suficientemente probado, podría acusarse por el primer motivo, desde luego que los hechos que configuran las excepciones perentorias —salvo la de incompetencia de jurisdicción, que más que excepción es el presupuesto absoluto y cardinal del juicio— suponen siempre derechos civiles cuyo desconocimiento implica violación de ley sustantiva. Y podría atacarse aquella también, en el mismo caso, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Pero si consiste la causal 7ª en que el Tribunal declare su incompetencia y prescinda, por tanto, de decidir sobre lo sustancial del litigio, caso en el cual el único medio para corregir su error en casación sería dicha causal, ya que, por ser las normas sobre competencia de carácter adjetivo, no darían base para un recurso por violación de ley sustantiva; ni podría hablarse entonces de incongruencia del fallo, habiéndose abstenido el Tribunal de conocer por carecer de jurisdicción.

Conducen estas razones, en concepto de la Sala, a la conclusión de que el 7º motivo de casación sólo puede referirse a la abstención de conocer por incompetencia de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Hipólito Londoño M. montó en Medellín, desde hace muchos años y en un local que tomó en arrendamiento a Paulo E. Vásquez, situado en el cruce de la carrera 49 con la calle 51, un establecimiento para vender café molido y preparado, rancho, licores, etc., con la denominación de La Bastilla.

El negocio referido acreditóse considerablemente por el esfuerzo y honorabilidad de su dueño y por el nombre adoptado, hasta el punto de que aquél resolvió ensancharlo, ocupando también el predio colindante por el sur, que perteneció a Julio C. Villa Salóm.

Los herederos de Paulo E. Vásquez, que vinieron a ser los propietarios de los dos inmuebles expresados, en parte por sucesión paterna y en parte por otros títulos, y que adquirieron además otro lote contiguo del Municipio, construyeron allí un edificio de varios pisos, en cuya primera planta Londoño —quien mientras se construía la edificación trasladó su negocio a otro sitio de la ciudad— siguió, desde agosto de 1943, explotando su establecimiento comercial ya indicado, como arrendatario del nuevo local.

Pero ocurrió que al edificio referido se le dio la misma denominación del establecimiento de Londoño, quien la tenía registrada como marca de fábrica y de comercio desde diciembre de 1940.

En estos antecedentes, que se han extractado del respectivo libelo, fundóse Hipólito Londoño M. para demandar, en diciembre de 1943, a Federico, Jaime, Darío, Raúl y Pablo Vásquez Uribe y Olga Vásquez de Moreno, propietarios del edificio La Bastilla, para que se les obligue a quitar de él dicho nombre, se les condene a pagarle los perjuicios consiguientes y se le autorice para hacer borrar el nombre, si los demandados no lo hacen dentro del plazo que se les fije.

Aceptaron los demandados algunos hechos, pero se opusieron a las pretensiones del actor; invocaron en su defensa que el nombre de La Bastilla para su edificio está registrado en el Ministerio respectivo en favor de Federico, según certificado que después se trajo al proceso, y opusieron las excepciones de inepta demanda, petición antes de tiempo, carencia en el actor de personería sustantiva, prescripción y petición de modo indebido.

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 3 de septiembre de 1947, declaró probada la excepción de carencia de jurisdicción y, en consecuencia, revocó la de primera instancia, que absolvió a los demandados y que había sido apelada por el actor, quien interpuso contra aquélla el recurso de casación, que la Corte va a decidir, agotada como está su legal sustanciación.

El recurso.—Tres cargos formula el recurrente, todos por violación de ley sustantiva y con fundamento en la primera parte del artículo 520 del C. J.

En el primero, acusa la sentencia por infracción de los artículos 30, 31 y 46 de la ley 31 de 1925 y 7º de la 94 de 1931, en el sentido de haber sido aplicados indebidamente.

La argumentación del recurrente puede compendiarse así: La denominación La Bastilla fue registrada por Londoño “para distinguir café molido o preparado, la fábrica y el almacén donde se vende; es decir, que se trata de una **marca** en cuanto se aplica al café, o sea, al producto, y de un **nombre comercial** en cuanto sirve para distinguir la fábrica y el almacén, o sea, el establecimiento”. En cambio, esa misma denominación, según el registro aducido por la parte demandada, no es aplicable sino “para distinguir edificios para oficinas de profesionales, es decir, que no pasa de ser un simple **nombre**, que ni siquiera es **nombre comercial**”.

“Mas para desechar las principales peticiones de la demanda, el Tribunal le da al segundo registro mencionado la preeminencia de marca y con efecto o mérito contra Londoño”.

Las marcas de fábrica, comercio y agricultura “se refieren a la **manufactura** de una fábrica o industria, a los **objetos de un comercio** y a los **productos** nacionales de las industrias agrícolas o extractivas, es decir, artículos que son producidos y materia de comercio (artículo 30 de la ley 31 de 1925)”, entre los cuales “no pueden clasificarse edificios para oficinas de profesionales en general, y si se registra una denominación para

esos edificios, el registro es una solemnidad que nada añade, como no tiene significación el registro que se hace de las ventas de propiedades muebles”. Por consiguiente, “el registro de los Vásquez Uribe de una marca para distinguir una cosa distinta de los objetos que pueden ampararse con marca registrada, no puede plantear el problema entre marcas de comercio, fábrica o agricultura”.

De esto deduce el recurrente la violación de los citados artículos 30 y 31, “por indebida aplicación de ellos al registro aducido por los señores Vásquez”.

“Además, el artículo 7º de la ley 94 de 1931 dice que quien alegare simplemente el uso de una marca, por haberla usado pública y notoriamente en el país con anterioridad de tres años por lo menos, y para artículo de la misma naturaleza, pero no la ha registrado, no tiene otro derecho que el de oponerse o el de pedir la cancelación del registro, si ya se hubiere inscrito. Por consiguiente, **si tiene registrada la marca**, tiene derecho a oponerse a que otro la use, es decir, a algo más que oponerse al registro y pedir su cancelación; y ese es el caso del señor Londoño, porque tiene registrada la marca en su favor. De esto se saca la consecuencia de que la persona que logra el registro de una marca que ya está registrada por otro, no se coloca en las mismas condiciones de éste, sino que sigue predominando el derecho del primer registrador. El artículo 46 de la ley 31 dice que el registro se hace “dejando a salvo los derechos de terceros”.

“Por consiguiente, ha habido una aplicación indebida de los artículos 7 y 46 mencionados, en beneficio del Registrador Vásquez, y por tal motivo acuso también la sentencia”.

Y agrega que, considerando el caso como conflicto de marcas, el registro obtenido por Vásquez no es de marca “(aunque así se le llame) porque no se refiere a manufacturas, productos u objetos de comercio y fue hecho en 1943”. Luego al decir el Tribunal que el nombre de La Bastilla registrado por Vásquez “es una marca de comercio en virtud del registro ya mencionado, incurrió en el error de derecho de entender que la sola circunstancia del registro le da, confiere u otorga la calidad jurídica de **marca** de fábrica o comercio a la palabra, denominación, signo, etc., que se hayan registrado, aunque intrínsecamente o de por sí carezcan tales palabras, denominaciones o signos, de las características leales de **marcas**, por no usarlas o emplearlas el interesado

para distinguir manufacturas, efectos o productos fabriles, agrícolas o comerciales”.

Termina el recurrente diciendo que “por todo aspecto, tiene preferencia el registro de Londoño quien, para hacer valer su derecho no necesitaba demandar la cancelación de marca de los Vásquez, porque éstos no han registrado ninguna marca”.

En el segundo cargo se consideran violados los artículos 57 y 62 de la ley 31 de 1925, pues, según la primera de estas normas, “el nombre del comerciante o productor, la razón social, el nombre de las sociedades anónimas, la muestra de una casa o establecimiento, constituyen una propiedad para los efectos de esta ley”, caso en que se halla el nombre La Bastilla, empleado por Londoño para distinguir su establecimiento comercial.

Y como de acuerdo con el artículo 62 “no es necesario el registro de un nombre para usar los derechos acordados por esta Ley”, “es evidente —dice el recurrente— que el derecho de Londoño a usar exclusivamente el nombre La Bastilla en el sitio donde ha tenido su establecimiento, lo tiene desde hace cerca de treinta años, y al negarse el Tribunal a darle la protección consagrada por aquellos preceptos, los violó por mala interpretación y falta de aplicación, debiendo haberlos aplicado en favor del demandante”, y, “a la inversa, violó el artículo 57 por haberlo aplicado, a efecto de darle mérito o fuerza al registro del nombre La Bastilla hecho por los señores Vásquez para distinguir su edificio destinado a arrendar locales para oficinas; acto puramente civil. El arrendamiento no es acto de comercio sino cuando se trata de cosas muebles y “con ánimo de subarrendarlas (artículo 20, número 4 del C. de C.)”.

En el tercer cargo se imputa la violación de los artículos 1º, 5º y 9º de la ley 94 de 1931, 59 de la 31 de 1925, 109, inciso 2º, del C. J. y 2341 del C. C., por cuanto el Tribunal consideró que el demandante tiene acción para pedir la cancelación del registro de la marca La Bastilla para edificios (artículo 37 de la Ley 31 de 1925) ante los jueces civiles del circuito de Bogotá, si juzga que el nombre “Edificio La Bastilla” lo perjudica por cualquier aspecto.

En esa apreciación del sentenciador encuentra el recurrente indebida aplicación de los textos que cita como infringidos, lo mismo que de los relativos al nombre comercial, porque el registro de los demandados no ampara ninguna marca, ni

nombre comercial, ni patente, por lo cual el demandante no tenía necesidad de oponerse a tal registro, ni de pedir su cancelación. Y para reclamar contra el uso indebido de un nombre registrado por él como comercial y demandar indemnización de perjuicios, le bastaba acudir ante los jueces competentes para conocer de las controversias de derecho común (artículo 109, ordinal 2º, del C. J.), pues la acción instaurada no es la de cancelación (artículo 9º, Ley 94) sino la que da el inciso 2º del artículo 59 de la ley 31, disposición que tiene su respaldo en el artículo 2341 del C. C.

Agrega el recurrente que la sentencia da a la demanda una interpretación inexacta, al estimar que las súplicas a) y c) implican la pretensión de que se cancele de hecho, parcialmente, el registro de la marca La Bastilla, de lo cual deduce el Tribunal la falta de jurisdicción, aplicando indebidamente el citado artículo 9º y dejando de aplicar el ordinal 2º del artículo 109 del C. J., disposiciones que fueron violadas.

Considera la Corte: Es exacto que el Tribunal emite en su sentencia los conceptos que le atribuye el recurrente. Para ello, partió aquél de la base de que en el proceso obra el “Certificado de registro de marca de comercio número 15.551”, expedido por el Ministerio de la Economía Nacional, con fecha 17 de julio de 1943, y en el cual “se reconoce al señor Federico Vásquez Uribe... como único propietario... de la marca de comercio que consiste esencialmente en la denominación La Bastilla, la cual marca se emplea —conforme al modelo que se acompaña a este certificado— para distinguir edificios para oficinas de profesionales en general, excluyendo expresamente fábricas de café y establecimientos o salones de café y cantina, comprendidos en la clase 14 del Decreto 1707 de 1931”.

Pero las razones del recurrente, que pueden ser muy conducentes para atacar la validez del registro referido —que se hace bajo la exclusiva responsabilidad del interesado y dejando a salvo los derechos de terceros (artículo 46 de la ley 31 de 1925)— no sirven para demostrar que el Tribunal Superior de Medellín sea competente para conocer del presente juicio, en que, sin que pueda revocarse a duda, se persigue paladinamente la cancelación de la marca comercial registrada según dicho certificado, pues no otra cosa significaría la orden judicial de suprimir el nombre de La Bastilla de la fachada del edificio de los demandados, nombre que está amparado por el

expresado registro, al menos mientras éste no sea invalidado. Y las solicitudes de cancelación de marcas son de competencia privativa de los jueces de circuito en lo civil de Bogotá, a virtud de la expresa disposición del artículo 9º de la ley 94 de 1931.

Y es esto lo que el Tribunal resolvió en la sentencia recurrida, la cual nada decide acerca del fondo del negocio. En ella se lee:

“Pidiéndose en la demanda además de la indemnización por perjuicios la eliminación del nombre de ‘La Bastilla’ del mentado edificio de los demandados, que es una marca de comercio en virtud del registro ya mencionado, eliminación que como se dejó explicado equivale a la cancelación parcial de la referida marca, este Tribunal carece de jurisdiccional para conocer de este juicio ya que la ley ha atribuido el conocimiento de las solicitudes de cancelación de marcas y patentes a autoridades del ramo de jurisdicción distinta a las que han conocido de este juicio. En efecto, el artículo 9º de la ley 94 de 1931 adicional y reformativa de la ley 31 de 1925 sobre protección a la propiedad industrial y por la cual se dictan otras disposiciones, ordena: “Las solicitudes de cancelación de marcas y patentes, se tramitarán en forma análoga a la de los juicios de oposición y serán competentes los Jueces del Circuito en lo Civil de Bogotá”.

Y en armonía con este concepto, la parte resolutive del fallo es de este tenor: “Resulta evidente la existencia de la excepción perentoria de carencia de jurisdicción la que el Tribunal declara probada administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, quedando en estos términos REVOCADA la sentencia materia de apelación”.

Por consiguiente, las violaciones de ley sustantiva de que se queja el recurrente, por fundadas que se las quiera suponer, no podrían incidir en lo resuelto en la sentencia. Nada se adelantaría con que resultara evidente, por ejemplo, que el sentenciador consideró como marca de comercio la que, según la ley, no tiene esa calidad, o que confundió las marcas y los nombres, o que entre estos últimos no supo diferenciar los que sirven para distinguir establecimientos comerciales, de aquellos que se aplican a edificios, predios, o establecimientos puramente civiles. Siempre quedaría en pie la cuestión de la competencia del juzgador, a quien —si carece de ella— no le es dado entrar a desconocer o a discutir por qué el Ministerio de la Economía Nacional registró como

marca de comercio una denominación destinada a distinguir edificios de índole simplemente civil. Dicho registro, que consta en un instrumento público, no puede ser invalidado sino por el funcionario competente. Otra cosa sería que el nombre del edificio no se hubiera registrado como marca comercial, pues entonces el propietario de ésta tendría acciones distintas de la de cancelación para impedir el uso de aquel nombre y demandar indemnizaciones por los perjuicios que le hubiera ocasionado su empleo abusivo (artículos 59, 66 y 67 de la ley 31 de 1925), y para conocer de esas acciones tendrían competencia las autoridades ordinarias, según las reglas generales.

El motivo de casación pertinente para atacar la sentencia recurrida sería el 7º del artículo 520 del C. J.: “Haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo”.

Esa causal, idéntica a la que consagraba el artículo 2º de la ley 169 de 1896, obedece a una razón de orden público, como que está vinculada a la alta función de administrar justicia, que la República ejerce por medio del Poder Judicial y que toma el nombre de competencia en cuanto faculta a los jueces para hacer efectiva tal jurisdicción en determinados negocios (artículos 142 y 143 del C. J.). Su ejercicio está definido, reglamentado y limitado por las leyes de procedimiento, según la naturaleza del asunto, la calidad de las partes y el lugar donde el negocio deba ventilarse, siendo improrrogable, salvo excepción expresa, en los dos primeros casos, en los cuales la pretermisión de las reglas respectivas origina nulidad insubsanable, según lo tiene aceptado la jurisprudencia (artículos 150 y 151 ibidem).

El 7º motivo de casación no depende, como es obvio, de que el Tribunal declare que es competente y se abstenga, no obstante, de conocer del asunto, situación imposible por absurda, desde luego que si la abstención obedece al reconocimiento de una excepción perentoria, que impide fallar sobre el fondo del pleito, la realidad es que se está aplicando la ley de la excepción oportunamente deducida o que aparece plenamente justificada en el proceso. Podría decirse que en tal caso el Tribunal no se abstiene de conocer sino que falla sobre la excepción. Y la sentencia, si el medio exceptivo no está suficientemente probado, podría acusarse en casación por el primer motivo, desde luego que los hechos que configuran las excepciones perentorias —salvo la de incompe-

tencia de jurisdicción, que más que excepción es el presupuesto absoluto y cardinal del juicio—suponen siempre derechos civiles cuyo desconocimiento implica violación de ley sustantiva. Y podría atacarse aquélla también, en el mismo caso, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Pero sí consiste la causal 7ª en que el Tribunal declare su incompetencia y prescinda, por tanto, de decidir sobre lo sustancial del litigio, caso en el cual el único medio para corregir su error en casación sería dicha causal, ya que, por ser las normas sobre competencia de carácter adjetivo, no darían base para un recurso por violación de ley sustantiva; ni podría hablarse entonces de incongruencia del fallo, habiéndose abstenido el Tribunal de conocer por carecer de jurisdicción.

Conducen estas razones, en concepto de la Sala, a la conclusión de que el 7º motivo de casación sólo puede referirse a la abstención de conocer por incompetencia de jurisdicción, que es precisamente lo ocurrido en el presente pleito.

De manera, pues, que en el caso *sub judice* no procede la causal 1ª, invocada por el recurrente, ni aún con fundamento en violación del artículo

9º de la ley 94 de 1931, disposición meramente adjetiva, que ningún derecho sustantivo consagra, que se limita a designar los jueces competentes para que ante ellos se busque la efectividad de determinadas prerrogativas legales.

No prosperan, por tanto, los cargos formulados por el recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín con fecha tres (3) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

Se condena al recurrente en las costas del recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y oportunamente devuélvase el expediente.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Emilio Prieto, Ofi. Mayor en propiedad.

PARA DESVIRTUAR ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES EL CONTENIDO DE UN INSTRUMENTO PUBLICO, SE REQUIERE OTRO ESCRITO EMANADO DE LAS MISMAS

1—Es algo elemental que si la compra en común no se realiza por iguales partes, la persona a quien debe corresponderle el mayor derecho es la interesada en que así conste expresamente en el título. El silencio que guarde a este respecto viene a constituir culpa suya, y los terceros interesados en realizar cualquiera operación sobre dicho bien, están en lo cierto al estimar que la comunidad existe en igualdad de condiciones. Es decir, tal igualdad es una manifestación no por tácita menos clara, contenida en la escritura pública de compraventa.

2—Contra los terceros adquirentes no hay acción de uno de los contratantes que pretenda alterar lo dicho en el instrumento público con base en un convenio oculto desconocido para ellos, y mucho menos con fundamento en pruebas distintas.

3—La jurisprudencia ha sido constante en el sentido de que entre las partes, para desvirtuar lo dicho en la escritura pública, se requiere presentar como prueba en contrario otro escrito emanado de ellas mismas, de acuerdo con los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y del segundo aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por escritura pública número 398, fechada el 17 de febrero de 1937 y pasada ante el Notario Segundo de Medellín, Soledad y Tulia Vélez Pérez compraron mancomunadamente a John Uribe E. una casa con su correspondiente terreno, situada en el barrio "Boston" o "Sucre" de Medellín. La escritura no determina en qué proporción las compradoras hicieron el pago de los \$ 3.000 que les costó el inmueble, ni establece la cuota

que en el dominio del bien adquirido le correspondía a cada una.

Por escritura pública número 4038, fechada el 10 de noviembre de 1944 y pasada ante el Notario 2º de Medellín, Soledad Vélez Pérez a la sazón casada con Juan Bautista Vallejo, vendió a Emilio Montoya Ramírez la mitad del inmueble que había adquirido en comunidad con su hermana Tulia siete años atrás.

En febrero de 1945 el apoderado de Tulia Vélez Pérez instauró demanda ante el Juez 4º Civil del Circuito de Medellín contra Soledad Vélez de Vallejo y Emilio Montoya Ramírez, para que previos los trámites legales de rigor se hagan las siguientes declaraciones: "a) Que en la casa especificada en la parte primera de esta demanda, comprada al señor John Uribe E. por escritura pública número 398 de fecha 17 de febrero de 1937, pasada ante el Notario Segundo de este circuito, tengo un derecho por valor de \$ 2.643.87, y que la demandada Soledad Vélez de Vallejo o su sucesor Emilio Montoya R., tiene un derecho por valor de \$ 356.13, en relación tales derechos con la cantidad de \$ 3.000.00, precio en que fué comprado el inmueble mencionado. b) Que en consecuencia, por medio de la escritura pública número 4038, de fecha 10 de noviembre de 1944, pasada ante el Notario Segundo de este circuito, mi hermana Soledad Vélez de Vallejo únicamente transmitió al señor Emilio Montoya R. el derecho que tenía en la mencionada casa y que equivale a la suma de \$ 356.13, en relación con la cantidad de \$ 3.000.00, precio total del inmueble. c) Que son de mi exclusiva propiedad las mejoras que le hice a dicha casa, las cuales serán avaluadas por peritos dentro de este juicio. Subsidiariamente: a) Que soy poseedora de un derecho por valor de \$ 2.643.87, en relación con un precio de \$ 3.000.00, en el inmueble descrito en la parte primera de esta demanda. b) Que el contrato de compraventa celebrado entre mi hermana Soledad Vélez de Vallejo y el señor Emilio Montoya R., por medio de la escritura pública número 4038, de fecha 10 de noviembre de 1944, pasada ante

el Notario Segundo de este circuito, es simulado y, por tanto, debe prevalecer el que privadamente celebraron, es decir, que la vendedora es realmente dueña del derecho que le corresponde en la citada casa y que es el equivalente a la suma de \$ 356.13 en relación con un precio de \$ 3.000.00, única suma que pagó al vendedor señor John Uribe E. c) Que soy dueña exclusiva de las mejoras hechas a dicha casa, las cuales serán avaluadas dentro de este juicio. Subsidiariamente: a) Que mi hermana Soledad Vélez de Vallejo me debe la suma de \$ 1.143.87, parte del precio que pagué por ella, correspondiente a la casa especificada en la parte motiva de esta demanda, más los intereses legales devengados por dicha cantidad, desde la fecha de pago hasta el día en que me la entregue; b) Que el contrato de compraventa celebrado entre ella y Emilio Montoya R., realizado por medio de la escritura pública número 4038, de fecha 10 de noviembre de 1944, pasada ante el Notario Segundo de este Circuito, es simulado y, por tanto, debe prevalecer el convenio privado que celebraron o sea que mi hermana es verdadera propietaria de un derecho en el inmueble especificado en la parte motiva de esta demanda. c) Que soy dueña exclusiva de las mejoras que tiene dicha casa, las cuales serán avaluadas por peritos dentro de este juicio. Los demandados deben pagar los costos y costas del juicio, si se oponen a la demanda".

En la relación de los hechos dice la demandante lo siguiente: "La operación se verificó en los siguientes términos: La Compañía Colombiana de Tabaco, entidad donde trabajo, ofreció facilitarme la manera de adquirir una casa y por conducto del Gerente de Medellín, doctor Rafael Uribe Piedrahíta, se negoció la especificada en este memorial. Yo pensaba comprar la casa para mí sola, con los pocos haberes que tenía y con el dinero que me daría en préstamo la Compañía, pero entonces mi citada hermana me propuso que le permitiera aportar para dicha compra de tal casa el valor de nueve acciones que poseía de la Compañía Colombiana de Tabaco, con el fin de que le correspondiera en ella un derecho equivalente al valor en que se vendieran sus acciones, y yo le acepté esa propuesta. Con la ayuda del doctor Uribe Piedrahíta conseguimos con el Banco de Bogotá, sucursal de Medellín, por medio de pagaré N° 2749, de fecha 17 de febrero de 1937, un préstamo por la suma de \$ 1.120.00, préstamo que fue garantizado con su firma, con nueve acciones de la Compañía Colombiana de Tabaco,

de propiedad de mi hermana Soledad, y con veintinueve acciones de la misma Compañía de mi propiedad; la misma Compañía me prestó la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00), cantidad que se garantizó con hipoteca en el mismo inmueble, pues todas estas transacciones se verificaron el mismo día. Con el dinero conseguido en tal forma, se pagó el valor del inmueble o sea la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00). 4º) Los \$ 3.000.00 mencionados, fueron cancelados así: Los \$ 1.120 prestados por el Banco de Bogotá con el valor de la venta de las 38 acciones de la Colombiana, dadas en prenda, y las cuales fueron vendidas el 27 o 28 de septiembre del año de 1938, por conducto de los señores Restrepo y Londoño agentes comerciales de esta ciudad, y a razón de un precio de \$ 39.57 cada una. Advierto que el precio de tales acciones es mayor, pero al mismo Banco se le adeudaba otra suma que prestó posteriormente y la cual se invirtió en mejoras de la citada casa; y los \$ 2.000.00, que prestó la Colombiana de Tabaco los pagué yo directamente con abonos mensuales tomados de mi sueldo y con la suma que me cubrió la Compañía por concepto de anticipo de cesantía. En consecuencia, mi hermana únicamente contribuyó, como ya dije, con la suma de \$ 356.13 para la compra de la casa. 5º) Además, cuando se verificó la compra de la casa se encontraba en muy mal estado y yo le he hecho, con dineros de mi exclusiva propiedad, las siguientes mejoras: construcción de sala, vestíbulo, cocina moderna, poceta, lavadero, comedor, embaldosada, reparación de un muro, baño, decoración y cambio total de los desagües. 6º) Fue intención de las partes, cuando íbamos a comprar dicha casa, que a cada una le correspondiera un derecho igual a la suma que aportaba y si no especificamos de una vez en la escritura tal circunstancia, fue por haberlo creído innecesario por tratarse de dos hermanas, quienes siempre habíamos vivido juntas y en pleno acuerdo. Pero no obstante tal hecho, en la escritura tampoco se dijo que la casa la comprábamos por partes iguales, como ahora pretende la demandada. 7º) A principios del mes de noviembre de 1944 mi nombrada hermana Soledad me instauró un juicio divisorio ante el Juzgado Cuarto en lo civil del circuito, y en el libelo afirmaba que era dueña de la mitad de dicho inmueble. Acepté la demanda, pues no me interesa ni conviene la indivisión, pero advertí que la actora únicamente tenía un derecho de \$ 356.13 en relación con un precio de \$ 3.000.00 y que estaba dispuesta a comprárselo y antes de

decidirse el juicio obrando de mala fe, en connivencia con el señor Emilio Montoya R., mayor de edad y vecino de este Municipio, amigo íntimo de su casa, patrón o compañero de negocios del señor Juan Bautista Vallejo, su esposo, le hizo una venta simulada dizque de la mitad de la casa especificada en esta demanda, por medio de la escritura pública número 4038, de fecha 10 de noviembre de 1944, pasada ante el Notario Segundo de este Circuito. El señor Montoya R. sabía de antemano que mi tantas veces citada hermana no poseía en la casa sino un derecho mínimo, pues conoció toda la negociación; así mismo estaba enterado de que todas las mejoras que tiene y las cuales conoce, las hice con mi propio dinero, que ya me había demandado para la partición y yo me había opuesto respecto al derecho que alegaba tener y, además, no le ha pagado ningún precio, pues como ya dije, se trata de una venta simulada con el fin de evitarle que tenga que atender a un juicio y para tratar de burlar mis legítimos derechos. 8º Es lógico que si mi hermana quería vender no podía sino transmitir el derecho que efectivamente tenía en la casa y éste es el único que puede adquirir el comprador".

Admitida la demanda, Soledad Vélez de Vallejo y Emilio Montoya R. la contestaron oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas, tanto en la parte principal como en la subsidiaria, pues a su juicio de la escritura N° 398 de 1937 se desprende claramente que Soledad adquirió la mitad del inmueble en litigio y que en atención a estar plenamente establecido su derecho se celebró la operación de compraventa entre los demandados.

El Juez del conocimiento en sentencia de 23 de noviembre de 1946 desató la controversia declarando "que la señora Tulia Vélez Pérez es dueña de un derecho por valor de \$ 2.641.80 y Soledad Vélez de Vallejo, o Emilio Montoya R. como sucesor suyo en el dominio del inmueble de que se viene tratando, lo es de otro derecho equivalente a \$ 358.20 en relación a los derechos con un valor de \$ 3.000.00 dado al tiempo de la compraventa que se le hizo al señor John Uribe". En consecuencia de esta declaración el señor Juez a quo resolvió que por medio de la escritura N° 4038 mencionada atrás la señora Soledad Vélez sólo transmitió al señor Emilio Montoya R. el derecho que en aquella casa tenía y que equivale a la suma de \$ 358.20 en relación con un valor de \$ 3.000.00, correspondiente a la totalidad de tal bien raíz. Además en el numeral 3º de dicha parte resoluti-

va dijo: "Son de la exclusiva propiedad de la nombrada Tulia Vélez Pérez, las mejoras hechas a dicho inmueble (casa de habitación) después de la fecha de la escritura citada, (N° 398 de 1937), y que valen la cantidad de mil ciento dos pesos (\$ 1.102.00). Se condena a la demandada Soledad Vélez de Vallejo al pago de las costas del juicio".

De este fallo apeló la parte demandada ante el Tribunal Superior de Medellín. Este analiza las pruebas aducidas al juicio así: "la señorita Tulia Vélez trajo al proceso una prueba nítida de marcada autoridad respecto a la manera como adquirió la casa a que se refiere esta controversia; la forma en que le ayudó la Entidad empleadora o sea la Compañía Colombiana de Tabaco y el modo como adquirió el resto del dinero que le faltaba para acabar de pagar el precio de \$ 3.000.00 que le valió la casa dicha. Sobre el particular hay prueba innegable del préstamo de dos mil pesos (\$ 2.000.00) que la mentada Compañía le hizo para adquirir el referido inmueble, prueba que se extiende también a la demostración, con el movimiento de la respectiva cuenta, de que fue Tulia con el avance de su cesantía y con cuotas de su sueldo la que canceló el préstamo que a la misma actora le hizo la Compañía Colombiana de Tabaco. Asimismo aparece claro el préstamo que a la demandante le hizo el Banco de Bogotá por \$ 1.120 asegurados en acciones de la Cía. Colombiana de Tabaco de las cuales 29 eran de la citada Tulia Vélez y 9 de la demandada, préstamo que se hizo el mismo día de la compra del inmueble, acciones que fueron vendidas posteriormente en el año de 1938 para pagar la acreencia del Banco de Bogotá y con el sobrante hacerle algunas mejoras a la aludida casa. La verosimilitud de todas estas afirmaciones la confirma el hecho de que interviniera en los préstamos hechos a la demandante un testigo de tan excepcional valor como el doctor Rafael Uribe P. alto empleado de la Compañía Colombiana de Tabaco quien junto con Bernardo Gutiérrez declaran con entero conocimiento de causa que el único aporte de la demandada para pagar el precio de la casa de que se trata fue el valor de las nueve (9) acciones que poseía de la Compañía Colombiana de Tabaco. Ante el Tribunal la demandada hizo algún esfuerzo tendiente a demostrar que su aporte para el pago del citado inmueble fue superior al que le reconoce la demandante; pero no logró obtenerlo toda vez que de las declaraciones recibidas con tal propósito no se llega a esa conclusión. Realmente Luciano Atehortúa declara que por

referencias sabe que Soledad Vélez de Vallejo sólo contribuyó para el pago de la casa en discusión con el valor de nueve (9) acciones de la Compañía Colombiana de Tabaco; Samuel Echavarría, condueño del almacén de Calzado Ago en los años en que trabajó en él la demandada, da cuenta de que ésta ganaba \$ 50 mensuales y de ello deduce que podía pagar \$ 15.00 mensuales para la cancelación de cualquier obligación y agrega que sabe que Tulia Vélez "trabajando en la Compañía Colombiana de Tabaco un señor la ayudó a comprar una casita pero no sé en qué forma la pagaron ni cuánto fue el aporte de ellas"; Angel de J. Sierra obrero que ejecutó algunos trabajos en la casa de que se trata dice que fue pagado una parte por la demandante y otra por la demandada; que ésta le pagó la arena; (No se debe olvidar para apreciar este hecho que Soledad Vélez había dejado de trabajar fuera de su casa desde el año de 1941 y que se dedicó a atender a los oficios domésticos). Gabriel Escobar del Valle quien afirma que estaba muy enterado de las intimidades del hogar de las Vélez cuando Soledad aún no se había casado dice que por lo mismo le consta, que ésta no aportó para la compra de la mentada casa sino el valor de las nueve acciones ya dichas. Faustino Echavarría, patrón de Soledad Vélez cuando ésta trabajó en el Almacén de Calzado Ago, asevera que por ese tiempo su empleada señorita Vélez estaba en condiciones económicas de atender al pago de la cantidad mensual de \$ 15 y que en esa época varias veces le oyó decir que la última década de su sueldo que era de \$ 50.00 mensuales, la destinaba al pago del valor de una casa que había comprado en compañía de su hermana Tulia. Isabel Correa v. de Montoya en la declaración rendida en el Juzgado Civil Primero de este Circuito dice constarle "que en los años comprendidos de 1937 a 1939, época en que estaba en aquella casa (la de las Vélez), mi interrogante, (Soledad Vélez) le daba cada mes a su hermana Tulia una cantidad de dinero, suma que no sé a cuanto ascendía diciéndole expresamente que era para que abonara el crédito hipotecario de que trata la escritura número 405 de 17 de febrero de 1937 de la Notaría Segunda de este Circuito, en virtud del cual, mi interrogante y su hermana se habían constituido deudoras de la Compañía Colombiana de Tabaco por la cantidad de \$ 2.000.00", pero al ser repreguntada manifestó no recordar la época en que había vivido en casa de las litigantes y agregó que ignoraba las condiciones en que hicieron las señoritas

Vélez la referida compra. Finalmente Rosalida Grizales declara como sirvienta que fue de las señoritas Vélez que en los años comprendidos entre 1937 y 1939, le consta que la nombrada Soledad le entregaba cada mes a su hermana Tulia la cantidad de quince pesos mensuales diciéndole que era para que abonara al crédito hipotecario que tenía para con la Compañía Colombiana de Tabaco; mas al ser repreguntada manifestó no recordar en qué época trabajó como sirvienta con las señoritas Vélez y que sólo le tocó presenciar unas seis o siete veces que Soledad le entregara a Tulia los \$ 15 mensuales de que atrás habló. Es manifiesto que con esta prueba tan deficiente producida en esta instancia no se puede contrarrestar la convicción profunda que en el ánimo del fallador produce la prueba de la demandante allegada a los autos en primera instancia".

En el fallo con que el Tribunal puso término a la segunda instancia, confirmó los numerales 1º y 2º de la sentencia de primer grado, revocó el numeral 3º de la misma, y en lugar de éste dispuso: "Que las mejoras introducidas a la casa a que se refiere la escritura N° 398 de 17 de febrero de 1937, otorgada ante el Notario Tercero de este circuito, pertenecen, de por mitad, a la demandante señorita Tulia Vélez y a la demandada señora Soledad Vélez de Vallejo, mejoras éstas que fueron valuadas en la suma de mil ciento dos pesos (\$ 1.102.00) m/l".

El recurso

La parte demandada ha acudido a la Corte en recurso de casación para acusar la sentencia del Tribunal de ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, y además, por apreciación errónea y falta de apreciación de las pruebas que hicieron incurrir al fallador en errores de hecho y de derecho.

Primer cargo. En el primer cargo dice el recurrente que hay "apreciación errónea de las escrituras números 398 de 17 de febrero de 1937, pasada ante la Notaría Segunda de Medellín, y de la escritura número 4.038 de 10 de noviembre de 1944 de la misma Notaría; y falta de apreciación o apreciación errónea del pagaré número 2749 de fecha 17 de febrero de 1937 suscrito ante el Banco de Bogotá (Sucursal de Medellín) por Rafael Uribe, Tulia Vélez y Soledad Vélez; del pagaré N° 2614 de 21 de febrero de 1938 suscrito entre los mismos; de la escritura N° 405 de fecha 17 de febrero de 1937, pasada ante la Notaría Segunda

de Medellín; y de las declaraciones de Samuel Echeverría, Angel de J. Sierra, Faustino Echeverría, Isabel Correa v. de Montoya y Rosalinda Crisales”.

Segundo cargo. El recurrente considera violado el artículo 1759 del Código Civil porque cuando Soledad Vélez vendió a Montoya la mitad de la casa el bien estaba en el comercio, y porque “tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia han aceptado inmemorialmente que cuando se adquiere por escritura pública para dos, sin especificar la cuota, se entiende que la adquisición es por mitad”, y agrega: “Mientras la escritura esté en estas condiciones, sin haber otra escritura debidamente registrada que la modifique, el tercero que adquiera de buena fe la mitad del inmueble lo hace plena y legalmente y toda variación que se quiera hacer por los antiguos adquirentes será una simulación que no pasa contra terceros de buena fe. ¿Cuál sería la suerte de los terceros causahabientes o pretensores de esos derechos si se aceptara la desafortunada tesis sentada por el señor Juez a quo y aceptada por el H. Tribunal para despojar de su propiedad primero a Soledad Vélez y luego al tercero, adquirente de buena fe señor Emilio Montoya?”.

De lo anterior concluye el demandante en casación, que el demandado señor Emilio Montoya era, cuando compró, un tercero que se atuvo al título o escritura de compra conjunta de Tulia y Soledad Vélez, y como del título es forzoso deducir que el inmueble fue adquirido por iguales partes, aquél se halla amparado por los artículos 1759, 1766 y 1934 del Código Civil, los últimos de los cuales cita el recurrente a través de una transcripción de la obra “De la Prueba en Derecho” del doctor Antonio Rocha, señalándolos expresamente como violados por las sentencias recurridas. Al desarrollar el cargo no dice el recurrente en qué forma se violaron los referidos textos, pero como en el encabezamiento del capítulo sobre fundamentos de la casación dice que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, la Sala considera que es éste el sentido que ha querido darle a la violación de tales preceptos.

Como tercero y último cargo presenta el siguiente: “Habiéndose, vulnerado, como sinceramente lo creo, por la sentencia recurrida en casación, materia del presente recurso, dos contratos de compraventa legalmente celebrados contenidos en las escrituras públicas números 398 de 17 de febrero de 1937, y 4038 de 10 de noviembre de 1944, ambas de la Notaría Segunda de Medellín, señalo como violados por la nombrada sentencia del Tribunal de Medellín los artículos del Código Civil que definen los contratos, establecen lo relativo a la voluntad de las partes, y al contrato de compraventa, a saber: Artículos del Código Civil 1494, 1495, 1496, 1502, 1503, 1517, 1524, 1849, 1851, 1857, 1863, 1864, 1866, 1868, etc.”.

Se considera:

Para los efectos de este recurso entra la Sala a examinar el segundo cargo, o sea el de violación directa de los artículos 1759, 1766 y 1934 del Código Civil.

Lo sustancial del debate se encuentra en la interpretación de la escritura número 398, fechada el 17 de febrero de 1937 en la Notaría Segunda de Medellín, por la cual John Uribe vende la casa objeto del litigio a las señoritas Tulia y Soledad Vélez Pérez. El recurrente acusa al Tribunal por error de derecho y de hecho en la apreciación de esta prueba.

Para hablar con exactitud, el problema está en decidir si al tenor de dicha escritura debe entenderse que el inmueble lo adquirieron las compradoras por iguales partes y así era natural que lo creyera el comprador Emilio Montoya R. cuando contrató con la demandada Soledad de Vallejo, o si, por el contrario, tal instrumento no permite entender que esa fue la forma de adquisición del dominio en común por las entonces señoritas Vélez.

No existe, en verdad, disposición legal alguna que resuelva expresamente el caso que se contempla, sin embargo, no debe concluirse que exista falta total de legislación al respecto.

El artículo 1618 del Código Civil dice que conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; y el artículo 1621 agrega no sólo que cuando no aparezca voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, sino que las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

Aplicadas al caso presente las normas anteriores, se tiene lo siguiente:

Tanto la naturaleza del contrato como la intención de las partes, reflejada ésta en el hecho de manifestar simplemente que adquieren el inmueble, que aceptan la escritura, que el precio se ha recibido por el vendedor y que éste les vende a ambas el bien correspondiente, están diciendo

en concepto de la Sala con mucha claridad, que la adquisición la hacían en iguales condiciones las dos compradoras. Entender de otra manera tal escritura sería estar contra la lógica común y contra las normas imperativas que regulan la interpretación de los contratos. No cabe, pues, suponer siquiera una distinta manera de interpretar el contrato en cuestión. Puede decirse inclusive, sin temor a exagerar, que la adquisición por iguales partes, en estas circunstancias, es una cláusula de uso común que se presume aunque no se exprese, al tenor del artículo 1621 del Código Civil.

Es algo elemental que si la compra en común no se realiza por iguales partes, la persona a quien debe corresponderle el mayor derecho es la interesada en que así conste expresamente en el título. El silencio que guarde a este respecto viene a constituir culpa suya y los terceros interesados en realizar cualquiera operación sobre dicho bien, están en lo cierto al estimar que la comunidad existe en igualdad de condiciones. Es decir, tal igualdad es una manifestación no por tácita menos clara, contenida en la escritura pública de compraventa.

Ahora bien. De conformidad con el artículo 1759 del Código Civil, citado por el recurrente, el instrumento público hace plena fe contra los declarantes en cuanto a la verdad de las manifestaciones que en él hayan hecho. Los terceros que obren ateniéndose a dicho instrumento no pueden ser perjudicados por la circunstancia de que el verdadero contenido del contrato sea otro. Por eso el artículo 1766 ibidem expresa en forma perentoria que no producirán efectos contra terceros las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en la escritura pública ni las contra escrituras públicas cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones alteran en la contra escritura. Por tanto, contra los terceros adquirentes no hay acción de uno de los contratantes que pretenda alterar lo dicho en el instrumento público con base en un convenio oculto desconocido por ellos, y mucho menos con fundamento en pruebas distintas como en este caso sucede. Así, pues, si de la escritura 398 de 1937 resulta indudablemente que John Uribe vendió a Tulia y Soledad Vélez por iguales partes el inmueble, del cual el demandado Montoya compró a Soledad su mitad indivisa, se deduce que la demandante no tiene acción contra éste para tratar de desvirtuar tal hecho, y el tí-

tulo del señor Montoya debe consecuentemente mantenerse.

Por las razones anteriores, estima la Sala que el Tribunal Superior de Medellín incurrió en error de derecho en la apreciación de la escritura pública mencionada. Como resultado de este error violó los artículos 1759 y 1766 del Código Civil al declarar a la demandante dueña del inmueble en mayor proporción que la demandada e inferir en consecuencia que el señor Emilio Montoya no adquirió la mitad indivisa que ésta le transfirió por la escritura pública número 4038 de 10 de noviembre de 1944, pasada en la Notaría Segunda de Medellín.

Procede, pues, CASAR la sentencia recurrida y dictar el fallo de instancia correspondiente.

Sentencia de instancia

Determinado como quedó en las consideraciones hechas anteriormente, que el demandado señor Emilio Montoya R. adquirió la mitad indivisa del inmueble con pleno fundamento en el título de su vendedora, y que contra él no cabe la acción que la demandante ejercitó en este juicio, resta por estudiar las peticiones de la demanda en cuanto puedan referirse a la demandada Soledad Vélez de Vallejo.

La petición a) principal del libelo tiende a que se declare que la demandante Tulia Vélez Pérez tiene un derecho de \$ 2.643.87 en la casa comprada a John Uribe por ella y su hermana Soledad, en relación con el precio total de compra que es el de \$ 3.000. Esta petición, de acuerdo con lo expuesto por la Sala al estudiar el recurso de casación, se propone conseguir que se altere lo dispuesto tácita pero claramente en la escritura pública comentada, respecto a la forma de adquisición del inmueble entre las compradoras. Por consiguiente, se trata de una acción de simulación relativa, en cuanto a la forma de pago del precio y de adquisición de dominio por las citadas compradoras.

La Jurisprudencia ha sido constante en el sentido de que entre las partes, para desvirtuar lo dicho en la escritura pública, se requiere presentar como prueba en contrario otro escrito emanado de ellas mismas, de acuerdo con los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y del 2º aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887.

Por consiguiente la prueba testimonial e indiciaria traída por la demandante al juicio, no sirve para desvirtuar contra el tercero de buena fe

lo dicho claramente en la escritura pública número 398 de 1937 y que, se repite, no por tácito resulta menos evidente.

Además, observa la Sala que el examen cuidadoso y detallado de tales pruebas no demuestra tampoco en forma plena que la demandante hubiera pagado, como pretende, la mayor parte del precio por su propia cuenta y no por cuenta de la demandada. Es decir: aun cuando Tulia Vélez hubiera pagado suma superior a la mitad del precio, no se ha probado que su voluntad al pagar tal excedente hubiera sido la de adquirir mayores derechos sobre el inmueble que su hermana Soledad. Si Tulia pagó por cuenta de Soledad, de este hecho surge la relación puramente personal que tal pago por otro puede haber originado, cuestión que se estudiará luego.

Lo dicho es suficiente para rechazar la petición que se analiza.

La petición b) principal de la demanda debe desecharse por lo ya expresado acerca de que el título del demandado Emilio Montoya no puede afectarse por las acciones incoadas en este juicio.

La petición c) principal de la demanda, que persigue se declare a la demandante ser la propietaria exclusiva de las mejoras, la encuentra la Sala improcedente porque lo lógico es suponer que tanto ella como su hermana Soledad contribuyeron a su realización exactamente como lo hicieron para la compra del inmueble, y no existen pruebas que acrediten lo contrario.

El primer grupo de peticiones subsidiarias contiene en el punto a) la misma pretensión de que la demandante es poseedora de un derecho de \$ 2.643.87, en relación con el precio de \$ 3.000.00, sobre la casa. Por tanto, sirven a este respecto las consideraciones anteriores.

La petición b) de este grupo de subsidiarias, tiende a que se declare la simulación del contrato de compraventa celebrado por Soledad Vélez de Vallejo con Emilio Montoya R., según escritura pública número 4038, de fecha 10 de noviembre de 1944, pasada ante el Notario Segundo de Medellín.

Esta petición se rechaza porque no aparece en autos una sola prueba de la contra estipulación privada que anule o altere o adicione lo convenido entre Soledad Vélez de Vallejo y Emilio Montoya en el instrumento público.

La petición c) subsidiaria de este grupo es repetición de la c) principal sobre las mejoras.

El segundo grupo de peticiones subsidiarias se refiere a la simulación y a la propiedad exclusiva

de las mejoras, cuestiones que quedaron examinadas.

Únicamente cabe estudiar el numeral a) en el cual la demandante pide se declare que la demandada Soledad Vélez de Vallejo le debe a aquella la suma de \$ 1.143.87, parte del precio que dice haber pagado por ella.

Se dejó visto cómo de la escritura de compra de las hermanas Vélez al señor Uribe se deduce que el precio del inmueble lo pagaron por iguales partes; y está dicho que sostener lo contrario equivale a tratar de desvirtuar lo estipulado en instrumento público, para lo cual se requiere entre partes la presentación de documento privado suscrito por ellas.

La adquisición por partes iguales no se opone a que la demandante hubiera podido pagar por cuenta de la demandada parte del precio. Es decir, podría decirse que tal pago jurídicamente lo realizaba Tulia pero con dinero suministrado por Soledad. De esta manera, si bien en nada se altera la distribución de los derechos sobre el inmueble, pues el pago del precio sería hecho por iguales partes, podría existir un crédito personal de la demandante contra su hermana por las sumas suministradas a su cuenta. La demandada ha negado rotundamente a lo largo del juicio, tales pretensiones de la demandante.

Sin embargo, Tulia demostró en el curso de la primera instancia que había obtenido un préstamo por \$ 2.000 que le hizo la Compañía Colombiana de Tabaco y que luego ella canceló con el avance de su cesantía y con cuotas de su sueldo. También aparece probado que el Banco de Bogotá les prestó a las dos hermanas y al señor Rafael Uribe la cantidad de \$ 1.120.00, con garantía de 38 acciones de la Compañía Colombiana de Tabaco, y que dicho préstamo se hizo el mismo día de la compra del inmueble. La demandante alega que este crédito se canceló con la venta de las acciones, de las cuales 29 eran suyas y las 9 restantes de su hermana Soledad. Así, pues, sostiene que ésta no aportó para el pago del precio del inmueble, sino el valor de tales acciones (\$ 356.13) y que el resto lo suministró ella. De lo dicho parecería que la demandante pagó a nombre de la demandada y por cuenta de ésta, la suma de \$ 1.143.87, y como no puede presumirse la donación, se debe considerar que tal pago lo hizo en calidad de préstamo a favor de Soledad.

Para aceptar la existencia de tal deuda a cargo de la demandada, no basta con la prueba de que los préstamos se realizaron y fueron cancelados.

lados en la forma mencionada. Es indispensable, además, que se haya demostrado que el dinero proveniente de esos préstamos se invirtió precisamente en la compra del inmueble. Estos puntos se examinarán por separado.

I. El préstamo del Banco de Bogotá por \$ 1.120. Evidentemente, la fecha del documento bancario traído al juicio y que lleva la firma de las dos hermanas y del señor Rafael Uribe, es la misma de la escritura, 17 de febrero de 1937. En el mismo documento constan los abonos que se fueron haciendo hasta reducir la deuda a \$ 272.50 el 18 de febrero de 1938 (folios 2 y 3 del cuaderno 2º). Se observa que la mayoría de los abonos corresponden a pequeñas cantidades de \$ 24.20, \$ 9.00, \$ 173, \$ 157, etc. El 21 de febrero del citado año los mismos codeudores firmaron al Banco otro documento por \$ 200, y en él aparece nuevamente la prenda de 38 acciones de la Compañía Colombiana de Tabaco, que avaluadas como fueron a \$ 10.00 cada una representaban un valor total de \$ 380; de este segundo documento constan abonos hasta quedar reducida la deuda a \$ 45.55 el 16 de septiembre de 1938.

Pero no está probada la afirmación de la demandante, aceptada por el señor Juez *a quo*, de que el préstamo se pagó con la venta de las 38 acciones dadas en prenda, como indudablemente lo demuestra el hecho de que aún existían cuando se firmó el segundo pagaré de \$ 200 y la circunstancia de que el valor de tales acciones era solamente de \$ 380. Por el contrario, los abonos parciales y sucesivos constan en el mismo pagaré, y como nada se dice acerca de quién los hubiera hecho, debe presumirse que lo fueron por las dos deudoras solidarias. En las posiciones abusivas por la demandada, aceptó que las acciones se vendieron para pagar el préstamo de \$ 1.120, mas lo cierto es que en el documento por \$ 200 se relacionan los mismos títulos por igual número de acciones números 33613, 31444, 33519, 30780 y 30775, y se dice que quedan en prenda: luego no podían haberse vendido antes. En la fecha del otorgamiento del segundo crédito, el préstamo de \$ 1.120 estaba reducido a \$ 272.50. Esta prueba documental que consiste en un pagaré firmado por ambas partes, confirma plenamente la existencia de tales acciones en la aludida fecha (21 de febrero de 1938), y en consecuencia la Sala la acoge de manera preferencial.

Por otra parte, existe en el juicio un certificado (folio 22, cuaderno 2º) del Presidente de la Compañía Colombiana de Tabaco, en el cual se dice

que las acciones referidas fueron vendidas el 26 de septiembre de 1938, es decir, mucho después de que el primer documento a favor del Banco había sido cancelado, pues el 16 de los mismos mes y año la segunda deuda contraída para con el citado Banco se encontraba reducida a la suma de \$ 45.55, según consta en el mismo documento (folio 6º, cuaderno 2º). Este certificado en realidad carece de todo valor probatorio por provenir de un simple particular, pero se hace la anterior alusión a él en busca de la completa aclaración de este punto.

Nada debe la demandada por concepto del préstamo hecho al Banco de Bogotá, pues se presume que fue cancelado por ambas deudoras solidarias, sin que conste prueba en contrario.

II. El préstamo a la Compañía Colombiana de Tabaco.—En cuanto al préstamo de la Compañía Colombiana de Tabaco por la suma de \$ 2.000 se observa en primer término que según la escritura de hipoteca contentiva de tal préstamo, cuya copia obra en juicio con su nota de registro, fue otorgado en forma solidaria a Tulia y Soledad Vélez Pérez. En la cláusula segunda de ese instrumento se advierte que los contados de \$ 7.50 semanales serán deducidos por la Compañía del sueldo mensual que devengaba la demandante, y en el detalle de la cuenta llevada en la empresa, y que se, trajo al juicio con la firma de su Presidente, aparece el pormenor de dichos descuentos. Este cuaderno no es prueba contra la demandada por provenir de un tercero, pero en todo caso corrobora lo expuesto en la citada escritura y está de acuerdo con lo declarado por el señor Bernardo Gutiérrez y por el doctor Rafael Uribe Piedrahita, Gerente de dicha Compañía en Medellín en ese entonces.

Además, la demandada confesó en posiciones que el dinero de tal préstamo se invirtió en la compra del inmueble (folios 12 a 13 del cuaderno 2º), de manera que este punto está plenamente comprobado. Alega la misma demandada que ella le suministró a su hermana demandante en forma continua la suma de \$ 15 al mes para cubrir la mitad del abono mensual del préstamo a la Compañía Colombiana de Tabaco. Sin embargo, las únicas pruebas traídas al juicio por la demandada acerca de dicho pago, consisten en las declaraciones de Isabel Correa v. de Montoya y Rosalina Grisales, la primera de las cuales dice que en los años comprendidos de 1937 a 1939 vivió en casa de las Vélez y que Soledad le entregaba a su hermana "una cantidad de dinero, suma que no

sé a cuánto ascendía" para que abonara a la deuda contraída con la Compañía Colombiana de Tabaco, pero al ser repreguntada no supo precisar la época en que había vivido en esa casa; y la segunda dice que le consta por haber sido sirvienta de las Vélez entre 1937 y 1939 que Soledad le entregaba a Tulia cada mes la suma de \$ 15 para el pago del crédito mencionado, pero al ser repreguntada manifestó que no recordaba la época en que trabajó allí y que sólo presenció seis o siete veces la dicha entrega del dinero.

De conformidad con el artículo 1757 del Código Civil, incumbe probar la extinción de las obligaciones a quien lo alega. Se ha demostrado que la demandante pagó con descuentos de sus sueldos la totalidad del préstamo de la Compañía Colombiana de Tabaco por la suma de \$ 2.000 y que dicho dinero se invirtió en la compra de la casa; además, como de las posiciones absueltas por la demandada aparece que ésta debía contribuir a cancelar la mitad de tal préstamo, resulta evidente que la demandante pagó por cuenta de aquélla la mitad del valor de ese préstamo y que a la demandada le correspondía la prueba del reembolso de dicha suma. No se trajo esta prueba al juicio, y por tanto es forzoso condenar a la demandada a pagar tal cantidad, equivalente a \$ 1.000.

Intereses

De conformidad con el artículo 1617 del Código Civil, cuando la obligación es de pagar una cantidad de dinero, se deben intereses únicamente por la mora en el pago del capital. Al tenor del artículo 1608 ibidem el deudor está en mora; 1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado y la Ley no exige requerimiento; 2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; 3º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

En el presente caso si bien existe la prueba de que la demandante pagó la suma de \$ 1.000 por cuenta de la demandada, no hay prueba alguna del término durante el cual debía reembolsarse ese dinero, ni de condición para su exigibilidad.

Por lo tanto, para constituir en mora a la demandada se necesitaba el requerimiento en forma legal. Pero como tampoco esto se hizo, resulta evidente que la mora no se produjo y en consecuencia tampoco ha surgido la obligación de pagar intereses anteriores al cobro judicial adelantado por medio de este juicio. Solamente al quedar notificada la demanda se puede admitir que se produjo el requerimiento necesario para constituir en mora a la demandada y obligarla al pago de intereses.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil A— 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 Medellín con fecha 15 de abril de 1948, revoca la del Juez Cuarto Civil del Circuito de Medellín dictada el 26 de noviembre de 1946, y en su lugar falla:

Primero.—Condénase a la demandada Soledad Vélez de Vallejo a pagarle a la demandante, una vez ejecutoriada esta sentencia, la suma de mil pesos (\$ 1.000) más los intereses legales causados desde la notificación de la demanda con que se inició el presente juicio, o sea desde el 15 de marzo de 1944.

Segundo. — Niéganse las restantes peticiones, principales y subsidiarias de la demanda;

Tercero.—Absuélvese a los demandados de todos los cargos contenidos en la demanda, sin perjuicio de lo resuelto en el punto 1º;

Cuarto.—Cancélese el registro de la demanda;

Quinto.—Sin costas en las instancias.

No hay lugar a costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA CAUSAL 7ª DE CASACION SOLO PUEDE REFERIRSE A LA ABSTENCION DEL TRIBUNAL DE CONOCER POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

1—Las solicitudes de cancelación de marcas son de competencia privativa de los jueces de circuito en lo civil de Bogotá, por expresa disposición del artículo 9º de la Ley 94 de 1931.

2—La causal 7ª del artículo 520 del C. J., idéntica a la que consagraba el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, obedece a una razón de orden público, como que está vinculada a la alta función de administrar justicia, que la República ejerce por medio del Poder Judicial y que toma el nombre de competencia en cuanto faculta a los jueces para hacer efectiva tal jurisdicción en determinados negocios (artículos 142 y 143 del C. J.). Su ejercicio está definido, reglamentado y limitado por las leyes de procedimiento, según la naturaleza del asunto, la calidad de las partes y el lugar donde el negocio debe ventilarse, siendo improrrogable, salvo excepción expresa, en los dos primeros casos, en los cuales la pretermisión de las reglas respectivas origina nulidad insubsanable, según lo tiene aceptado la jurisprudencia (artículos 150 y 151 *ibidem*).

El 7º motivo de casación no depende, como es obvio, de que el Tribunal declare que es competente y se abstenga, no obstante, de conocer del asunto, situación imposible por absurda, desde luego que si la abstención obedece al reconocimiento de una excepción perentoria, que impide fallar sobre el fondo del pleito, la realidad es que se está aplicando la ley de la excepción oportunamente deducida o que aparece plenamente justificada en el proceso. Podría decirse que en tal caso el Tribunal no se abstiene de conocer sino que falla sobre la excepción. Y la sentencia, si el medio exceptivo no está suficientemente probado, podría acusarse en casación por el primer motivo, desde luego que los hechos que configuran las excepciones perentorias —salvo la de incompetencia de jurisdicción, que más que excepción es el presupuesto absoluto y

cardinal del juicio— suponen siempre derechos civiles cuyo desconocimiento implica violación de ley sustantiva. Y podría atacarse aquella también, en el mismo caso, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Pero sí consiste la causal 7ª en que el Tribunal declare su incompetencia y prescinda, por tanto, de decidir sobre lo sustancial del litigio, caso en el cual el único medio para corregir su error en casación sería dicha causal, ya que, por ser las normas sobre competencia de carácter adjetivo, no darían base para un recurso por violación de ley sustantiva; ni podría hablarse entonces de incongruencia del fallo, habiéndose abstenido el Tribunal de conocer por carecer de jurisdicción.

Conducen estas razones, en concepto de la Sala, a la conclusión de que el 7º motivo de casación sólo puede referirse a la abstención de conocer por incompetencia de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Hipólito Londoño M. montó en Medellín, desde hace muchos años y en un local que tomó en arrendamiento a Paulo E. Vásquez, situado en el cruce de la carrera 49 con la calle 51, un establecimiento para vender café molido y preparado, rancho, licores etc., con la denominación de la Bastilla.

El negocio referido acreditóse considerablemente por el esfuerzo y honorabilidad de su dueño y por el nombre adoptado, hasta el punto de que aquél resolvió ensancharlo, ocupando también el predio conlindante por el sur, que perteneció a Julio C. Villa Salom.

Los herederos de Paulo E. Vázquez, que vinieron a ser los propietarios de los dos inmuebles expresados, en parte por sucesión paterna y en parte por otros títulos, y que adquirieron además otro lote contiguo del Municipio, construyeron allí un edificio de varios pisos, en cuya primera planta Londoño —quien mientras se construía la edificación trasladó su negocio a otro sitio de la ciudad— siguió, desde agosto de 1943, explotando su establecimiento comercial ya indicado, como arrendatario del nuevo local.

Pero ocurrió que al edificio referido se le dio la misma denominación del establecimiento de Londoño, quien la tenía registrada como marca de fábrica y de comercio desde diciembre de 1940.

En estos antecedentes, que se han extractado del respectivo libelo, fundóse Hipólito Londoño M. para demandar, en diciembre de 1943, a Federico, Jaime, Darío, Raúl y Pablo Vázquez Uribe y Olga Vázquez de Moreno, propietarios del edificio La Bastilla, para que se les obligue a quitar de él dicho nombre, se les condene a pagarles los perjuicios consiguientes y se le autorice para hacer borrar el nombre, si los demandados no lo hacen dentro del plazo que se les fije.

Aceptaron los demandados algunos hechos, pero se opusieron a las pretensiones del actor; invocaron en su defensa que el nombre de La Bastilla para su edificio está registrado en el Ministerio respectivo en favor de Federico, según certificado que después se trajo al proceso, y opusieron las excepciones de inepta demanda, petición antes de tiempo, carencia en el actor de personería sustantiva, prescripción y petición de modo indebido.

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 3 de septiembre de 1947, declaró probada la excepción de carencia de jurisdicción y, en consecuencia, revocó la de primera instancia, que absolvió a los demandados y que había sido apelada por el actor, quien interpuso contra aquélla el recurso de casación, que la Corte va a decidir, agotada como está su legal sustanciación.

El recurso

Tres cargos formula el recurrente, todos por violación de ley sustantiva y con fundamento en la primera parte del artículo 520 del C. J.

En el primero, acusa la sentencia por infracción de los artículos 30, 31 y 46 de la ley 31 de 1925 y 7º de la 94 de 1931, en el sentido de haber sido aplicados indebidamente.

La argumentación del recurrente pude compen-

diarse así: la denominación La Bastilla fue registrada por Londoño “para distinguir café molido o preparado, la fábrica y el almacén donde se vende; es decir, que se trata de una **marca** en cuanto se aplica al café, o sea, al producto, y de un **nombre comercial** en cuanto sirve para distinguir la fábrica y el almacén, o sea, el establecimiento”. En cambio, esa misma denominación, según el registro aducido por la parte demandada, no es aplicable sino “para distinguir edificios para oficinas de profesionales, es decir, que no pasa de ser un simple **nombre**, que ni siquiera es **nombre comercial**”.

“Mas para desechar las principales peticiones de la demanda, el Tribunal le da al segundo registro mencionado la preeminencia de marca y con efecto o mérito contra Londoño”.

Las marcas de fábrica, comercio y agricultura “se refieren a la **manufactura** de una fábrica o industria, a los **objetos de un comercio** y a los **productos** nacionales de las industrias agrícolas o extractivas, es decir, artículos que son producidos y materia de comercio (artículo 30 de la ley 31 de 1925)”, entre los cuales “no pueden clasificarse edificios para oficinas de profesionales en general, y si se registra una denominación para esos edificios, el registro es una solemnidad que nada añade, como no tiene significación el registro que se hace de las ventas de propiedades muebles”. Por consiguiente, “el registro de los Vázquez Uribe de una marca para distinguir una cosa distinta de los objetos que pueden ampararse con marca registrada, no puede plantear el problema entre marcas de comercio, fábrica o agricultura”.

De esto deduce el recurrente la violación de los citados artículos 30 y 31, “por indebida aplicación de ellos al registro aducido por los señores Vázquez”.

Además, el artículo 7º de la ley 94 de 1931 dice que quien alegare simplemente el uso de una marca, por haberla usado pública y notoriamente en el país con anterioridad de tres años por lo menos, y para artículo de la misma naturaleza, pero no la ha registrado, no tiene otro derecho que el de oponerse o el de pedir la cancelación del registro, si ya se hubiere inscrito. Por consiguiente, **si tiene registrada la marca**, tiene derecho a oponerse a que otro la use, es decir a algo más que oponerse al registro y pedir su cancelación; y ese es el caso del señor Londoño, porque tiene registrada la marca en su favor. De esto se saca la consecuencia de que la persona

que logra el registro de una marca que ya está registrada por otro, no se coloca en las mismas condiciones de éste, sino que sigue predominando el derecho del primer registrador. El artículo 46 de la ley 31 dice que el registro se hace “dejando a salvo los derechos de terceros”.

“Por consiguiente, ha habido una aplicación indebida de los artículos 7 y 46 mencionados, en beneficio del Registrador Vásquez, y por tal motivo acuso también la sentencia”.

Y agrega que, considerando el caso como conflicto de marcas, el registro obtenido por Vásquez no es de marca” (aunque así se le llame) porque no se refiere a manufacturas, productos u objetos de comercio y fue hecho en 1943”. Luego al decir el Tribunal que el nombre de La Bastilla registrado por Vásquez “es una marca de comercio en virtud del registro ya mencionado, incurrió en el error de derecho de entender que la sola circunstancia del registro le da, confiere u otorga la calidad jurídica de **marca** de fábrica o comercio a la palabra, denominación, signo etc. que se hayan registrado, aunque intrínsecamente o de por sí carezcan tales palabras, denominaciones o signos, de las características legales de **marcas**, por no usarlas o emplearlas el intersado para distinguir manufacturas, efectos o productos fabriles, agrícolas o comerciales”.

Termina el recurrente diciendo que “por todo aspecto, tiene preferencia el registro de Londoño quien, para hacer valer su derecho no necesitaba demandar la cancelación de marca de los Vásquez, porque éstos no han registrado ninguna marca”.

En el segundo cargo se consideran violados los artículos 57 y 62 de la ley 31 de 1925, pues, según la primera de estas normas, “el nombre del comerciante o productor, la razón social, el nombre de las sociedades anónimas, la muestra de una casa o establecimiento, constituyen una propiedad para los efectos de esta ley”, caso en que se halla el nombre La Bastilla, empleado por Londoño para distinguir su establecimiento comercial.

Y como de acuerdo con el artículo 62 “no es necesario el registro de un nombre para usar los derechos acordados por esta ley”, “es evidente—dice el recurrente— que el derecho de Londoño a usar exclusivamente el nombre La Bastilla en el sitio donde ha tenido su establecimiento, lo tiene desde hace cerca de 30 años, y al negarse el Tribunal a darle la protección consagrada por aquellos preceptos, los violó por mala interpretación y falta de aplicación, debiendo haberlos

aplicado en favor del demandante”, y, “a la inversa, violó el artículo 57 por haberlo aplicado, a efecto de darle mérito o fuerza al registro del nombre La Bastilla hecho por los señores Vásquez para distinguir su edificio destinado a **arrendar locales para oficinas**; acto puramente civil. El arrendamiento no es acto de comercio sino cuando se trata de cosas **muebles** y “con ánimo de subarrendarlas (Art. 20 N° 4 del C. de C.)”.

En el tercer cargo se imputa la violación de los artículos 1º, 5º, y 9º de la ley 94 de 1931, 59 de la 31 de 1925, 109, inciso 2º, del C. J. y 2341 del C. C., por cuanto el Tribunal consideró que el demandante tiene acción para pedir la cancelación del registro de la marca La Bastilla para edificios (artículos 37 de la Ley 31 de 1925) ante los jueces civiles del circuito de Bogotá, si juzga que el nombre “Edificio La Bastilla” lo perjudica por cualquier aspecto.

En esa apreciación del sentenciador encuentra el recurrente indebida aplicación de los textos que cita como infringidos, lo mismo que de los relativos al nombre comercial, porque el registro de los demandados no ampara ninguna marca, ni nombre comercial, ni patente, por lo cual el demandante no tenía necesidad de oponerse a tal registro, ni de pedir su cancelación. Y para reclamar contra el uso indebido de un nombre registrado por él como comercial y demandar indemnización de perjuicios, le bastaba acudir ante los jueces competentes para conocer de las controversias de derecho común (artículo 109, ordinal 2º, del C. J.), pues la acción instaurada no es la de cancelación (artículo 9º Ley 94) sino la que da el inciso 2º del artículo 59 de la ley 31, disposición que tiene su respaldo en el artículo 2341 del C. C.

Agrega el recurrente que la sentencia da a la demanda una interpretación inexacta, al estimar que las súplicas a) y c) implican la pretensión de que se cancele de hecho, parcialmente, el registro de la marca La Bastilla, de lo cual deduce el Tribunal la falta de jurisdicción, aplicando indebidamente el citado artículo 9º y dejando de aplicar el ordinal 2º del artículo 109 del C. J., disposiciones que fueron violadas.

Considera la Corte:

Es exacto que el Tribunal emite en su sentencia los conceptos que le atribuye el recurrente. Para ello, partió aquél de la base de que en el proceso obra el “Certificado de registro de mar-

ca de comercio número 15551", expedido por el Ministerio de la Economía Nacional, con fecha 17 de julio de 1943, y en el cual "se reconoce al señor Federico Vásquez Uribe... como único propietario... de la marca de comercio que consiste esencialmente en la denominación La Bastilla, la cual marca se emplea —conforme el modelo que se acompaña a este certificado— para distinguir edificios para oficinas de profesionales en general, excluyendo expresamente fábricas de café y establecimientos o salones de café y cantina, comprendidos en la clase 14 del Decreto 1707 de 1931".

Pero las razones del recurrente, que pueden ser muy conducentes para atacar la validez del registro referido —que se hace bajo la exclusiva responsabilidad del interesado y dejando a salvo los derechos de terceros (artículo 46 de la ley 31 de 1925)— no sirven para demostrar que el Tribunal Superior de Medellín sea competente para conocer del presente juicio, en que, sin que pueda revocarse a duda, se persigue paladinamente la cancelación de la marca comercial registrada según dicho certificado, pues no otra cosa significaría la orden judicial de suprimir el nombre de La Bastilla de la fachada del edificio de los demandados, nombre que está amparado por el expresado registro, al menos mientras éste no sea invalidado. Y las solicitudes de cancelación de marcas son de competencia privativa de los jueces de circuito en lo civil de Bogotá, a virtud de la expresa disposición del artículo 9º de la ley 94 de 1931.

Y es esto lo que el Tribunal resolvió en la sentencia recurrida, la cual nada decide acerca del fondo del negocio. En ella se lee:

"Pidiéndose en la demanda además de la indemnización por perjuicios de eliminación del nombre de "La Bastilla" del mentado edificio de los demandados, que es una marca de comercio en virtud del registro ya mencionado, eliminación que como se dejó explicado equivale a la cancelación parcial de la referida marca, este Tribunal carece de jurisdicción para conocer de este juicio ya que la ley ha atribuido el conocimiento de las solicitudes de cancelación de marcas y patentes a autoridades del ramo jurisdiccional distintas a las que han conocido de este juicio. En efecto, el artículo 9º de la ley 94 de 1931 adicional y reformatoria de la ley 31 de 1925 sobre protección a la propiedad industrial y por la cual se dictan otras disposiciones, ordena: "Las solicitudes de cancelación de marcas y patentes,

se tramitarán en forma análoga a la de los juicios de oposición y serán competentes los Jueces del Circuito en lo Civil de Bogotá".

Y en armonía con este concepto, la parte resolutive del fallo es de este tenor: "Resulta evidente la existencia de la excepción perentoria de carencia de jurisdicción la que el Tribunal declara probada administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, quedando en estos términos REVOCADA la sentencia materia de apelación".

Por consiguiente, las violaciones de ley sustantiva de que se queja el recurrente, por fundadas que se las quiera suponer, no podrían incidir en lo resuelto en la sentencia. Nada se adelantaría con que resultara evidente, por ejemplo, que el sentenciador consideró como marca de comercio la que, según la ley, no tiene esa calidad, o que confundió las marcas y los nombres, o que entre estos últimos no supo diferenciar los que sirven para distinguir establecimientos comerciales, de aquellos que se aplican a edificios, predios o establecimientos puramente civiles. Siempre quedaría en pie la cuestión de la competencia del juzgador, a quien —si carece de ella— no le es dado entrar a desconocer o a discutir por qué el Ministerio de la Economía Nacional registró como marca de comercio una denominación destinada a distinguir edificios de índole simplemente civil. Dicho registro, que consta en un instrumento público, no puede ser invalidado sino por el funcionario competente. Otra cosa sería que el nombre del edificio no se hubiera registrado como marca comercial, pues entonces el propietario de ésta tendría acciones distintas de la de cancelación para impedir el uso de aquel nombre y demandar indemnizaciones por los perjuicios que le hubiera ocasionado su empleo abusivo (artículos 59, 66 y 67 de la ley 31 de 1925), y para conocer de esas acciones tendrían competencia las autoridades ordinarias, según las reglas generales.

El motivo de casación pertinente para atacar la sentencia recurrida sería el 7º del artículo 520 del C. J.: "Haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo".

Esa causal, idéntica a la que consagraba el artículo 2º de la ley 169 de 1896, obedece a una razón de orden público, como que está vinculada a la alta función de administrar justicia, que la República ejerce por medio del Poder Judicial y que toma el nombre de competencia en cuanto faculta a los jueces para hacer efectiva tal juris-

dicción en determinados negocios (artículos 142 y 143 del C. J.). Su ejercicio está definido, reglamentado y limitado por las leyes de procedimiento, según la naturaleza del asunto, la calidad de las partes y el lugar donde el negocio deba ventilarse, siendo improrrogable, salvo excepción expresa, en los dos primeros casos, en los cuales la pretermisión de las reglas respectivas origina nulidad insubsanable, según lo tiene aceptado la jurisprudencia (artículos 150 y 151 *ibidem*).

El 7º motivo de casación no depende, como es obvio, de que el Tribunal declare que es competente y se abstenga, no obstante, de conocer del asunto, situación imposible por absurda, desde luego que si la abstención obedece al reconocimiento de una excepción perentoria, que impide fallar sobre el fondo del pleito, la realidad es que se está aplicando la ley de la excepción oportunamente deducida o que aparece plenamente justificada en el proceso. Podría decirse que en tal caso el Tribunal no se abstiene de conocer sino que falla sobre la excepción. Y la sentencia, si el medio exceptivo no está suficientemente probado, podría acusarse en casación por el primer motivo, desde luego que los hechos que configuran las excepciones perentorias —salvo la de incompetencia de jurisdicción, que más que excepción es el presupuesto absoluto y cardinal del juicio— suponen siempre derechos civiles cuyo desconocimiento implica violación de ley sustantiva. Y podría atacarse aquélla también, en el mismo caso, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Pero sí consiste la causal 7ª en que el Tribunal declare su incompetencia y prescinda, por tanto, de decidir sobre lo sustancial del litigio, caso en el cual el único medio para corregir su error en casación sería dicha causal, ya que, por ser las normas sobre competencia de carácter adjetivo,

no darían base para un recurso por violación de ley sustantiva; ni podría hablarse entonces de incongruencia del fallo, habiéndose abstenido el Tribunal de conocer por carecer de jurisdicción.

Conducen estas razones, en concepto de la Sala, a la conclusión de que el 7º motivo de casación sólo puede referirse a la abstención de conocer por incompetencia de jurisdicción, que es precisamente lo ocurrido en el presente pleito.

De manera, pues, que en el caso *sub judice* no procede la causal 1ª, invocada por el recurrente, ni aún con fundamento en violación del artículo 9º de la ley 94 de 1931, disposición meramente adjetiva, que ningún derecho sustantivo consagra, que se limita a designar los jueces competentes para que ante ellos se busque la efectividad de determinadas prerrogativas legales.

No prosperan, por tanto, los cargos formulados por el recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín con fecha tres (3) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

Se condena al recurrente en las costas del recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y oportunamente devuélvase el expediente.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario en propiedad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL. — SU ALCANCE

La Sala Plena de la Corte, al decidir de la constitucionalidad del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, dijo en sentencia de 6 de diciembre de 1951, publicada en los números 2107 y 2108, Tomo LXX de la GACETA JUDICIAL: "Las dificultades que se suscitan con motivo de la preeminencia de la justicia penal sobre la civil, que nuestro legislador creó en las proposiciones jurídicas que forman los artículos citados (el 28 y el 29 del C. de P. P.), pueden solucionarse metódicamente de acuerdo con estas dos fórmulas, que son paralelas y recíprocamente se limitan: a) Los Jueces penales tienen la función privativa de decidir sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal; si ese hecho le es física y legalmente imputable al sindicado; y en fin, si se produjo con las características exigidas para motivar la aplicación de una determinada norma del código penal. b) En general, los Jueces penales no están llamados a estatuir sobre hechos determinantes de simple responsabilidad civil; excepcionalmente lo están para decidir sobre las consecuencias civiles provenientes del ilícito penal que ellos califican.

"...Desde el ángulo de la exégesis del artículo 28 del C. de Procedimiento Penal, se ve que está fuera de su ámbito de aplicación todo lo que no sea infracción penal, pues sólo comprende la acción civil que se funde en la infracción penal.

"Las diversas hipótesis contempladas por esa norma pueden reducirse, para los efectos que se estudian, a un solo caso: el de no encontrarse probada la infracción imputada al sindicado. Esto es así, porque cuando establece que la infracción no se ha realizado, queda al mismo tiempo establecido que el sindicado no la ha cometido; y si se establece que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, lo que se establece es algo más que la ausencia de la culpa; la exoneración de la responsabilidad.

"...Así las cosas, precisa ahora establecer si el elemento psicológico determinante de la culpabilidad civil es o no distinto del que configura la infracción penal.

"En tratándose de infracciones intencionales, no puede darse tal identidad, puesto que la culpa excluye, por definición, el acto intencional de hacer daño, que es esencial en la infracción penal intencional. Pero si se trata de una infracción culposa, el elemento psicológico viene a ser el mismo, como se deduce de lo establecido por el inciso segundo del artículo 12 del Código Penal. Lo cual no quiere sin embargo significar que haya identidad entre la culpa civil y la infracción culposa penal, porque, en tanto que la última no puede producirse sin una norma legal previa que la haya establecido, la culpa civil existe por la sola violación de una norma de conducta diligente, extraña desde luego a toda previsión legal, y aún a las de simple policía o a las que configuran las contravenciones.

"Resulta de lo dicho, que donde no hay infracción penal culposa, puede, con todo, existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual, la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera, no conlleva la absolución de la segunda, ya que aún sin una norma legal preestablecida puede haber un hecho u omisión dañinos —en el sentido puramente patrimonial— determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse, que es exactamente lo que configura la culpa".

2—En el caso de que trata esta controversia, el Juez en lo penal sobreseyó definitivamente a favor de Benítez, como conductor del vehículo, no propiamente por razón de una simple ausencia de culpa, que hubiera dejado el campo abierto para el examen y calificación de otros motivos de culpabilidad, sino porque "el acto material que

dio lugar al deslizamiento del vehículo hacia el precipicio fue, indudablemente, el sueño que repentinamente acometió al piloto, toda vez que ningún obstáculo se le interpuso en su marcha y que la dirección y los frenos del aparato funcionaban correctamente", y ese hecho, en su concepto, excluyó toda "falta de previsión en lo previsible", porque "habiendo reposado el agente durante la noche anterior y no habiendo ingerido ninguna sustancia tóxica, le era imposible prever el momento en que el control de sus movimientos quedaría paralizado por la acción del sueño y, por consiguiente, quedar en incapacidad de conducir por senderos de seguridad el vehículo que viajaba con cuatro personas más".

De donde se deduce que enjuiciado por la justicia penal, cierta y necesariamente, el caso fortuito como eximente de responsabilidad en el evento, aquella calificación, con la que dicho sea de paso no podría estar conforme el criterio de la Sala, cerró definitivamente las puertas para la investigación de toda culpabilidad, y con el sello de verdad judicial indiscutible que ella comporta, precluyó ERGA OMNES el ejercicio de la acción civil indemnizatoria, no sólo respecto del conductor del vehículo contra quien aquélla se adelantaba, sino también para el empresario por cuya cuenta se hacía el transporte.

Porque aun cuando en la investigación penal no se hizo ni podía hacerse objeto de calificación alguna la responsabilidad contractual del inculcado, y menos aún la del empresario que ni siquiera fue llevado al proceso, es lo cierto que fundada tal responsabilidad en la misma causa de la extracontractual, o sea, en la culpa directa del chofer, en términos de que sólo por razón de ella se ha pretendido civilmente responsable al empresario, el examen que de la misma se hiciera en el presente, aún para fijarle consecuencias distintas a las ya deducidas, inevitablemente conduciría a una nueva calificación del hecho juzgado en lo penal.

No desvirtúa esta identidad de causa en la responsabilidad por culpa extracontractual que en este juicio se persigue, el hecho de que para la segunda se hubiera dejado en vigencia la responsabilidad del deu-

dor cuando el caso fortuito ha sobrevenido por su culpa (art. 1604 del C. C.), o en otros términos, que "Para exonerarse de toda responsabilidad, el porteador debe probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo". (art. 306 del C. de Co.). Porque reconocido en el auto de sobreseimiento que "habiendo reposado el agente durante la noche y no habiendo ingerido ninguna sustancia tóxica, le era imposible prever el momento en que el control de sus movimientos quedara paralizado por la acción del sueño y por consiguiente, quedar en incapacidad de conducir por senderos de seguridad el vehículo en que viajaba con cuatro personas más"; quedó legítimamente acreditado a través del fallo penal la ausencia de culpa en la ocurrencia del hecho fortuito determinante del daño, con la observancia de aquellas normas de prudente diligencia con que de ordinario es posible prevenirlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b).—Bogotá, marzo veintiseis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

En las primeras horas del día 27 de noviembre de 1941, el señor Antonio Ma. González, mayor y vecino de Calarcá, contrató con el señor Raúl Benítez V., su transporte a la ciudad de Ibagué, en el camión "Studebaker" con placa N° 2240 del Departamento de Caldas, de propiedad del Félix M. Escobar, y que aquél manejaba como chauffeur. Ya en camino, al llegar al sitio de "El Recreo", en la carretera de Ibagué a Armenia "el chofer se durmió, o por culpa, impericia, descuido, negligencia o imprevisión desvió el camión de la carretera, el cual se precipitó por un abismo, destrozándose y causando graves lesiones al demandante en la cabeza y fracturas en la columna vertebral dorso-lumbar de carácter irreparable que lo redujeron al lecho por espacio de más de dos años y lo han dejado imposibilitado para trabajar en las labores de agricultura, que es su profesión, y en todas aquellas que demandan esfuerzo".

Como consecuencia de este accidente sobrevino

la investigación penal respectiva, la que se calificó por auto de 27 de agosto de 1942, dictado por el Juez del Circuito de Calarcá, en el sentido de sobreseer definitivamente en favor de Benítez, y declarar que no existe mérito alguno para seguir causa criminal en contra suya.

En tal estado las cosas, decidió González demandar a los señores Benítez y Escobar, para que previos los trámites del juicio ordinario se declare lo siguiente:

“Primero. Que se declare a los demandados Escobar y Benítez V., en forma solidaria, civilmente responsables por culpa, negligencia, descuido, imprevisión e impericia del chofer Raúl Benítez V., del siniestro o accidente acaecido el día 27 de noviembre de 1941 en el paraje de “El Recreo”, del Municipio de Calarcá, en la carretera nacional Ibagué-Armenia, al rodar a un abismo el camión que manejaba o piloteaba el demandado Benítez, marca Studebaker, de 4 toneladas con placas de circulación de Caldas N° 2240, de propiedad del señor Félix M. Escobar, en el cual viajaba como pasajero el demandante González y a causa de tal accidente, sufrió éste lesiones graves en la cabeza y traumatismo en la columna vertebral dorso-lumbar que lo redujeron a cama por espacio de dos años y le dejaron lesiones orgánicas de carácter irreparable que le incapacitan para trabajar como antes;

“Segundo. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a los demandados a pagar solidariamente al demandante, por culpa contractual, dentro del término legal, la cantidad de veinte mil pesos (\$ 20.000.00) o en subsidio la que se establezca en forma legal, como indemnización de perjuicios materiales y morales a causa del accidente antes mencionado y que le ocasionaron a González las lesiones de carácter irreparable y graves perjuicios en su patrimonio;

“Tercero. Que en subsidio de la súplica 2ª, se condene a los demandados a pagar solidariamente al demandante la cantidad de veinte mil pesos (\$ 20.000.00) o en subsidio, la que se fije en este juicio o al ejecutarse la sentencia, como valor de los perjuicios de orden moral y material que ha sufrido el demandante González, a causa del siniestro o accidente determinado en la súplica 1ª de esta demanda; por culpa, negligencia, descuido, impericia o imprevisión del demandado Benítez V., en el manejo del camión en referencia, en el sitio indicado, por cuya causa el demandante sufrió heridas graves y traumatismos que le dejan lesiones irreparables y que le

incapacitan para trabajar como antes en su profesión de agricultor;

“Cuarto. Que se condene a los demandados al pago de las costas procesales del presente litigio”.

El Juzgado Civil del Circuito de Armenia ante quien se presentó la demanda, la falló en sentencia de diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, declarando probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo.

De este fallo apeló la parte actora para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, quien mediante providencia de catorce de diciembre del mismo año, revocó la de primera instancia, y en su lugar “Absuelve a los demandados Félix M. Escobar y Raúl Benítez V. de todos los cargos formulados en el libelo de demanda instaurada contra ellos por el doctor Paulo E. Sabogal González, como apoderado de Antonio M. González”. Para llegar a esta conclusión, tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

Supuesto el fundamento de culpabilidad en que se apoya la demanda, “sería necesario analizar los elementos probatorios aportados al debate para definir si los daños que el demandante dice haber sufrido como consecuencia del accidente de tránsito en que recibió algunas lesiones, son el efecto de una culpa de Raúl Benítez, y si éste como chofer del vehículo en que se produjo el accidente, y Félix M. Escobar como dueño del vehículo, son civilmente responsables “por culpa, negligencia, descuido, imprevisión o impericia del chofer Raúl Benítez del siniestro o accidente acaecido el 27 de noviembre de 1941”, como se afirma en la demanda.

“Pero resulta que durante el término probatorio de esta instancia se trajo por ambas partes la prueba de que el proceso criminal adelantado contra Benítez por los mismos hechos que ahora sirven de fundamento a la acción civil, terminó con sobreseimiento definitivo en favor del sindicado, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Calarcá el 27 de agosto de 1942. De dicho auto se transcriben a continuación los siguientes apartes:

“En el momento presente, las consideraciones hechas por el señor abogado defensor de Benítez en su escrito de 7 de julio último, hacen que el Juzgado entre en un estudio más amplio de la situación jurídica del procesado en este negocio: Nuestro Código Penal expresa que, ‘Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de

su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos'. (Segundo inciso, artículo 12). Ahora bien: los autos nos dicen que Raúl Benítez, cuya pericia en el manejo de aparatos de tracción mecánica está acreditada con su patente respectiva, vigente cuando sucedieron los hechos, en las primeras horas de la tarde del veintisiete de noviembre próximo pasado, se dirigía de esta ciudad a Cajamarca piloteando el camión distinguido con la matrícula 22-40; las condiciones físicas del piloto eran buenas, pues había dormido suficientemente la noche anterior, no iba embriagado, ni presentaba anormalidad alguna; y la dirección y los frenos del vehículo funcionaban correctamente. Lo que dio lugar al deslizamiento del vehículo hacia el precipicio fue, indudablemente, el sueño que repentinamente acometió al piloto, toda vez que ningún obstáculo se le interpuso en su marcha y que la dirección y los frenos del aparato funcionaban correctamente. Y se pregunta: ¿Hubo por parte de Benítez 'falta de previsión en lo previsible'? El Juzgado estima que no, porque habiendo reposado el agente durante la noche anterior y no habiendo ingerido ninguna sustancia tóxica, le era imposible prever el momento en que el control de sus movimientos quedaría paralizado por la acción del sueño y, por consiguiente, quedar en incapacidad de conducir por senderos de seguridad el vehículo en que viajaba con cuatro personas más. El caso sería muy diferente, si Benítez hubiese acometido el manejo del camión encontrándose en distintas condiciones físicas, es decir, trasnochando o después de inferir licores embriagantes, confiando imprudentemente en que, en un caso dado, podía evitar las consecuencias de la falta de sueño o de los naturales efectos del licor. Se ve pues este Juzgado, en el caso de revaluar sus propias consideraciones expuestas en el auto de proceder que se revisa, el cual será revocado. En su lugar se sobreseerá definitivamente en favor de Raúl Benítez por los cargos que contempla este proceso, por ser el caso contemplado en el ordinal 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal. En mérito de lo dicho... resuelve: Revócase el auto dictado por este mismo Juzgado el día dos de julio último, por medio del cual se abre causa criminal contra Raúl Benítez —de las condiciones civiles allí expresadas— por el delito "De las lesiones personales"; y en su lugar sobresee definitivamente en favor de dicho señor, por todos y cada uno de los cargos porque fue

indagado, y expresamente se declara que no hay lugar a seguimiento de causa en su contra.

"Como se ve, el sobreseimiento definitivo pronunciado en favor de Benítez, se funda en la imposibilidad de prever y en la total ausencia de negligencia, descuido o impericia por parte de aquél. Es decir, que en dicho auto se descarta de manera absoluta la culpabilidad de Benítez y por ello 'expresamente se declara que no hay lugar a seguimiento de causa en su contra', dando como especial motivo de sobreseimiento lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 437 del C. de Procedimiento Penal. Tal disposición ordena que el sobreseimiento será definitivo 'cuando esté claramente demostrada la inocencia del procesado'; y bien sabido es que la inocencia, según el diccionario de la lengua, es el estado del que no comete el mal, la falta de inculpabilidad.

"Ahora bien, de acuerdo con el artículo 28 de la ley 94 de 1938, '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 funda 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'.

"La palabra infracción significa violación, quebrantamiento de ley, orden, etc. De manera que en el caso de autos debe darse aplicación a la disposición legal últimamente transcrita, porque los términos y motivaciones del sobreseimiento definitivo pronunciado en favor de Benítez claramente están diciendo que éste no cometió la infracción penal por la cual fue sindicado y que el accidente de tránsito se debió exclusivamente a un caso fortuito.

"La cuestión de la ausencia de culpa por parte de Benítez fue, pues, definitivamente resuelta por el Juez Penal del Circuito de Calarcá, en providencia que está ejecutoriada, lo cual quiere decir que el demandante Antonio M. González carece de acción civil para pedir la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por un hecho del que ya fue absuelto el demandado Benítez por total ausencia del elemento culpa.

"Si no fuera así, la sentencia en materia civil podría revocar una decisión ejecutoriada en materia criminal, lo que constituiría un grave defecto de nuestras instituciones procesales y una

fuentes seguras de conflictos entre las autoridades de una y otra rama del Órgano Judicial.

“.....

“Podría argüirse que en el presente caso está plenamente demostrada la realización del hecho generador del daño y que el agente de él fue el demandado Benítez, por lo cual no sería aplicable aquí el artículo 28 del C. de Procedimiento Penal.

“Pero aún suponiendo que la palabra infracción no tuviera la significación gramatical anteriormente dicha, sino que la empleara la ley en la amplia aceptación de cualquier **hecho** realizado por el agente acusado de transgresor, quedaría siempre como cuestión irrefutable definitivamente resuelta y por consiguiente no susceptible de ser revivida en esta oportunidad, la referente a la absoluta inculpabilidad de Benítez en la realización de aquel hecho. Y como la prosperidad de la acción sobre indemnización de perjuicios supone, como ya se dijo, una culpa imputable al demandado, se llegaría también, a pesar de aquella suposición, a la conclusión de que la acción propuesta en este juicio es ineficaz por virtud del mencionado sobreseimiento definitivo”.

Y luego, concluye así: “En el caso que ahora estudia el Tribunal, no cabe duda de que se cubrieron todos los frentes de la responsabilidad de Benítez en el auto de sobreseimiento definitivo con que fue favorecido. Dicha providencia versó sobre el fondo del asunto sometido a la jurisdicción del juez penal, sin dejar aspecto ni elemento alguno fuera de su estudio, apreciación y fallo, y no se funda por tanto en insuficiencia probatoria. Ese funcionario descartó de manera rotunda y expresa “la imprevisión de lo previsible” en el agente Benítez y calificó el hecho investigado allá y aducido aquí como fuente de obligación civil, como una ocurrencia irresistible y casual, “porque habiendo reposado el agente durante la noche anterior y no habiendo ingerido ninguna sustancia tóxica, le era imposible prever el momento en que el control de sus movimientos quedaría paralizado por la acción del sueño y, por consiguiente, quedar en incapacidad de conducir por senderos de seguridad el vehículo en que viajaba con cuatro personas más”. Esta calificación del hecho equivale, según la Corte, a decir que fue un caso fortuito y como tal estéril para toda clase de responsabilidades. De allí que el Juzgado Penal fundara el sobreseimiento definitivo en lo que dispone el ordinal 2º, del artículo 437 del C.

de Procedimiento, o sea por estar claramente demostrada la inocencia del procesado.

“Por todo lo dicho estima el Tribunal que el fallo en que se sobreseyó definitivamente en favor del demandado Benítez hace imposible ante la justicia civil la reconsideración y el nuevo análisis de un hecho cuyo alcance y calificación ya fueron establecidos por el Órgano Judicial.

“En cuanto a la responsabilidad que se le pretende deducir en el libelo de demanda al señor Félix M. Escobar como dueño del camión en que viajaba el actor a tiempo de ocurrir el accidente, hasta observar que ella no se hace consistir en hechos distintos de los ya analizados, sino que expresamente se pide la declaratoria de responsabilidad solidaria de ambos demandados “por culpa, negligencia, descuido, imprevisión e impericia del chofer Raúl Benítez”, circunstancias éstas que fueron objeto del estudio y decisión del juez penal, quien las declaró inexistentes al sobreseer definitivamente en favor del demandado Benítez. Además, en esa providencia se dejó clara y expresa constancia de que el vehículo estaba en perfectas condiciones de servicio y de que la pericia del chofer estaba acreditada con la respectiva patente que estaba en vigencia cuando sucedieron los hechos”.

El fallo anterior fue demandado en casación por el señor apoderado del actor, en los términos que a continuación se expresan:

Con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. “por violación directa de la ley sustantiva, por interpretación errónea y por indebida aplicación en el caso litigioso, así como por falta de aplicación; y violación de la misma ley por errores de derecho en la apreciación de la prueba y errores de derecho que llevaron al Tribunal a infringir la ley sustantiva, y como consecuencia a absolver a los demandados”, le hace los siguientes cargos:

I. El Tribunal “dejó de estudiar e implícitamente no falló sobre las súplicas 1ª y 2ª como principales, o sea la cuestión del contrato de transporte que celebró el demandante con los demandados, para conducir su persona de Calarcá a Cajamarca o Ibagué, contrato que fue violado al no trasladar a Antonio M. González sano y sano al lugar de su destino”. En consecuencia, “interpretó erróneamente la demanda al no considerar las súplicas principales, como **culpa contractual**, que da origen al reclamo de los perjuicios por la violación del contrato de transporte por parte de los demandados”. De esta suerte,

agrega el recurrente, se violaron los artículos 471 y 472 del C. J. y por no haberlos aplicado al caso del litigio, "las disposiciones del Código de Comercio sobre la materia y las pertinentes del C. Civil sobre el mismo contrato y sobre culpa contractual".

II. La investigación penal levantada por el alcalde de Calarcá, tuvo por objeto exclusivo, el de establecer la posible responsabilidad penal en que se hubiera incurrido en el accidente, por dolo o por simple culpa extracontractual, y no la culpabilidad que pudiera caberle al transportador en el incumplimiento del contrato. Las dos culpas colocan al demandado dentro de una situación jurídica diferente, pues que mientras la primera le corresponde probarla al demandante, en la segunda la presunción de responsabilidad pesa sobre el demandado, en términos de que para librarse de ella, debe mostrar que el evento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito. Por lo tanto, al declarar implícitamente el fallo la excepción de cosa juzgada, con base en el auto de sobreseimiento definitivo pronunciado por el Juez Penal, se violaron, por indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 473 y 474 del C. J.

III. Conforme al artículo 306 del C. de Co., el porteador responde de la culpa grave y leve en el cumplimiento de las obligaciones que impone el transporte, presumiéndose que la pérdida, avería o retardo ocurren por culpa del porteador; para exonerarse de toda responsabilidad deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que han causado la pérdida, avería o retardo; y según el 322 de la misma obra, los empresarios están obligados a indemnizar a los pasajeros el daño que sufrieren en sus personas por vicio del carruaje, o por su culpa, la de los conductores o postillones. No obstante estas disposiciones, y la forma como en los autos se acreditó el contrato por cuyo cumplimiento se demanda la indemnización de que se viene hablando, el Tribunal se abstuvo de considerar las súplicas pertinentes, y por no haberlas aplicado, dichas disposiciones, así como los artículos 258, 259, 261, 263, 265, 27 y 32 del C. de Co. que reglamentan las condiciones del contrato de transporte y fijan los derechos y obligaciones de las partes.

IV. Al desestimar el sentenciador de instancia el contrato de transporte como fundamento de la acción indemnizatoria propuesta en las súplicas

principales, para acoger la simple culpa extracontractual que el Juez penal desechó y vincular a esta decisión el sentido de su propio fallo, quebrantó directamente por haberlos dejado de aplicar, los artículos 2070 a 2074, 1494, 1546, 1602 y 1603 del Código Civil, que imponen al acarreador y al empresario de transportes la obligación de indemnizar al pasajero todo perjuicio en el curso del viaje, independientemente de toda responsabilidad penal.

"El sobreseimiento en favor de Benítez, dice el recurrente, sólo puede tener efectos con relación a él para impedir que se pueda promover nuevamente la investigación penal y los perjuicios que se hayan ocasionado con relación a dicha infracción, que fue lo que se investigó y dio origen a la providencia de sobreseimiento.

"Pero nunca jamás ese sobreseimiento inhibe la acción civil con relación a Escobar, por tratarse de cosas diferentes, con diferente causa, como es el contrato de transporte, lo mismo que con relación a las personas que intervinieron en una y otra acción.

"Como Escobar y González, demandado y demandante en este juicio, no intervinieron ni se hicieron parte en la acción penal, no puede haber identidad de personas en los dos juicios. Y menos puede haber identidad de objeto y de causa. La ley no ha eximido de responsabilidad a los empresarios de transportes por un sobreseimiento en favor del conductor, porque como hemos visto, la culpa contractual, en este juicio, se adelanta por violación de un contrato y ello es ajeno al alcance de la justicia penal...".

V. Estas mismas consideraciones conducen a establecer la violación directa en que incurrió el Tribunal sentenciador respecto de los artículos 12 del Código Penal y 28 del Código de Procedimiento Penal, "por haberlos aplicado el sentenciador al caso de esta litis, sin ser ello pertinente, porque como vimos, en el presente juicio en sus súplicas principales 1ª y 2ª, se exige el cobro de perjuicios por violación del contrato de transportes y no como consecuencia de la infracción penal.

"El hecho analizado por el juez penal, prosigue el recurrente, de que el accidente se produjo al quedar dormido Benítez sobre el timón y perder por consiguiente el control de la dirección, no es causa exculpativa, ni una fuerza mayor, ni un caso fortuito extraño a Benítez y con fuerza suficiente para eximir a los demandados de la obligación de indemnizar.

"El sueño de que trata el señor Juez en lo penal y que dice sobrevino casualmente a Benítez, no es un hecho **imprevisto e imprevisible**, capaz de extinguir la obligación civil.

"El fenómeno del sueño, de simple observación en toda persona consciente de sus actos, no es un fenómeno súbito, instantáneo e imprevisible, no es un fenómeno extraño ajeno a nuestro control y voluntad. No. El fenómeno del sueño se presenta siempre como una pesadez sobre los párpados, que tiende a cerrarlos y a poner en estado inconsciente al individuo, de una manera lenta y progresiva, cuyos efectismos (sic) sentimos y de los cuales nos damos cabal cuenta.

"Y toda persona responsable de sus actos prevé y puede prever que en esas circunstancias se corre un grave peligro y un riesgo inminente si nos dedicamos al ejercicio de actos peligrosos y que demandan cuidado y diligencia.

"Lo prudente y aconsejable a todo hombre en esos casos, como en este caso, es tomar las medidas de seguridad requeridas, como lo son detener la marcha, estacionar el vehículo en sitio seguro y reposar o dormir un rato, o hacer ejercicios que contrarresten los efectos del sueño, para mantener la lucidez y el control sobre nosotros.

"El chofer que confía imprudentemente y negligentemente a su pericia en esa circunstancia, y se aventura a seguir conduciendo un vehículo en que transporta pasajeros, no solamente atenta contra su propia vida, sino contra las de los demás que conduce en el vehículo".

VI. Por error de derecho en la apreciación de las pruebas, "infringió el Tribunal los artículos 1757, 1758 y 1759 del C. C., 604, 606, 632, y 697 del C. J., así: 'Al darle a las copias del auto de sobreseimiento presentadas en la segunda instancia del juicio, el valor de plena prueba como demostrativas de fuerza mayor de caso fortuito de parte del señor Félix M. Escobar y como prueba de la extinción de la obligación como empresario en el contrato de transporte"; al desconocer a las distintas confesiones de los demandados, el valor de plena prueba que ellas tienen en cuanto a la existencia del contrato y de los daños sufridos por el actor en el transporte, y al negarle al certificado del Director de Circulación su valor demostrativo, respecto de la calidad de propietario del vehículo que tiene el demandado Escobar.

VII. Finalmente, se acusa la sentencia, como violatoria de "las disposiciones de la prueba en general", por error de hecho en la apreciación de la indagatoria de Benítez y del auto de sobreseimiento,

al extender a la culpa contractual los efectos liberatorios de la extracontractual que en el sumario se calificaba; al asignarle al sueño que le sobrevino al chauffeur y en razón del cual se produjo el accidente, la calidad de hecho imprevisto e imprevisible, "siendo así que el sueño se presenta en las personas de una manera lenta y paulatinamente, que hace comprender a éstas sus efectos y que es previsible tomando en oportunidad las precauciones del caso; y particularmente, al darle a dicho evento valor exculpativo respecto a Escobar, "quien como empresario de transportes tiene la obligación de vigilar la conducta de sus dependientes en el manejo de los vehículos destinados para tal labor".

La Sala considera:

Como se ve por el resumen que de los cargos acaba de hacerse, todos ellos se encaminan hacia un mismo y único objetivo: el de establecer el desacuerdo con que el Tribunal sentenciador acogió como fundamento de la irresponsabilidad civil originada en el incumplimiento del contrato, la calificación de inculpabilidad extracontractual que determinó el sobreseimiento definitivo a favor del conductor del vehículo. Esta, por consiguiente, la cuestión fundamental de que debe ocuparse este fallo.

En relación con la doctrina contenida en los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal, que hablan del influjo de la cosa juzgada penal dentro del proceso civil, expuso la Sala Plena de la Corte en sentencia de seis de diciembre próximo pasado importantes consideraciones, de las que para mayor ilustración del problema debatido, se destacan las siguientes:

"La autoridad de la cosa juzgada en lo penal dentro del proceso civil descansa en el principio de orden público, que lleva al Juez a actuar en función de la tutela del derecho penal, y que en principio no puede abandonarse a la actuación de los particulares. Por este motivo, las situaciones de la vida humana que son materia del proceso penal tienen por objeto el delito, como causa pública cuyo castigo interesa a toda la comunidad, distintamente a lo que sucede con el juicio civil, donde el Juez actúa en guarda de un simple interés particular; y es por ello también, por lo que el fallo penal hace tránsito a cosa juzgada, **erga omnes**, no sólo en cuanto al hecho en que la acción se funda, su calificación y la participación y responsabilidad del sindicado, sino también respecto de todas aquellas acciones que, como la de

resarcimiento del daño, tienen su fundamento en hechos enjuiciados por el Juez penal.

"Las dificultades que se suscitan con motivo de la preeminencia de la justicia penal sobre la civil, que nuestro legislador creó en las proposiciones jurídicas que forman los artículos citados, pueden solucionarse metódicamente de acuerdo con estas dos fórmulas, que son paralelas y recíprocamente se limitan: a) Los Jueces penales tienen la función privativa de decidir sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal; si ese hecho le es física y legalmente imputable al sindicado; y, en fin, si se produjo con las características exigidas para motivar la aplicación de una determinada norma del código penal. b) En general, los jueces penales no están llamados a estatuir sobre hechos determinantes de simple responsabilidad civil; excepcionalmente lo están para decidir sobre las consecuencias civiles provenientes del ilícito penal que ellos califican.

"...Desde el ángulo de la exégesis del artículo 28 del C. de Procedimiento Penal, se ve que está fuera de su ámbito de aplicación todo lo que no sea infracción penal, pues sólo comprende la acción civil que se funde en la infracción penal.

"Las diversas hipótesis contempladas por esa norma pueden reducirse, para los efectos que se estudian a un solo caso: el de no encontrarse probada la infracción imputada al sindicado. Esto es así porque cuando se establece que la infracción no se ha realizado queda al mismo tiempo establecido que el sindicado no la ha cometido; y si se establece que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, lo que se establece es algo más que la ausencia de la culpa: la exoneración de responsabilidad.

"...Así las cosas, precisa ahora establecer si el elemento psicológico determinante de la culpabilidad civil es o no distinto del que configura la infracción penal.

"En tratándose de infracciones intencionales no puede darse tal identidad, puesto que la culpa excluye, por definición, el acto intencional de hacer el daño, que es esencial en la infracción penal intencional. Pero si se trata de una infracción culposa, el elemento psicológico viene a ser el mismo como se deduce de lo establecido por el inciso segundo del artículo 12 del Código Penal. Lo cual no quiere sin embargo significar que haya identidad entre la culpa civil y la infracción culposa penal, porque en tanto que la última no puede producirse sin una norma legal previa que

la haya establecido, la culpa civil existe por la sola violación de una norma de conducta diligente, extraña desde luego a toda previsión legal, y aún a las de simple policía o a las que configuran las contravenciones.

"Resulta de lo dicho, que donde no hay infracción penal culposa puede con todo existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera no conlleva la absolución de la segunda, ya que aún sin una norma legal preestablecida puede haber un hecho u omisión dañinos —en el sentido puramente patrimonial— determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse que es exactamente lo que configura la culpa.

"...Por lo dicho hasta aquí se comprende que es justificada la norma contenida en el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo cuando la controversia civil se suscita entre quienes fueron partes en el juicio penal, que cuando ocurre con personas extrañas a dicho procedimiento; pues que así como los motivos de una disposición sirven para medir su alcance, de igual manera la necesidad de impedir sentencias contradictorias sirve para determinar el del artículo 29 citado; por ello, cuandoquiera que el Juez no se aboque al peligro de dos sentencias contradictorias, goza de completa autonomía para calificar el fondo de la contienda que se le propone por las consecuencias de una culpa civil, que por no haber alcanzado la categoría de infracción penal culposa, determinó para su autor la absolución del Juez Penal.

"Otro tanto ocurre con los que, indirectamente, son responsables de los daños ocasionados por personas que están bajo su custodia o por los hechos de los animales o de las cosas inanimadas. No pueden ellos discutir si existió o no el hecho o la omisión que el Juez penal declaró haber o no existido, sin alcanzar la categoría de infracción culposa; eso está juzgado; pero sí pueden discutir todos los otros aspectos determinantes de la culpa civil no comprendidos por el fallo penal dentro de la órbita de las atribuciones del Juez que lo pronunció".

Y en sentencia de 29 de noviembre de 1941, había dicho antes esta Sala: "La autoridad que tiene en lo civil la cosa juzgada en materia criminal está condicionada y limitada en razón de su fundamento mismo a lo que ha sido necesaria y

ciertamente decidido en la acción pública penal, a la materia o punto en que coincide el objeto procesal de ambas acciones, porque lo que la razón de orden público adscrito a la vida del Estado exige es que se evite la contradicción entre sus órganos jurisdiccionales. De aquí resulta que el Juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y definido en la ley penal, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención criminal del acusado *animus nocendi* o en que tales probanzas no acreditan plenamente la comisión del hecho; y en todos esos casos tal sentencia o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habersele causado en estas especiales circunstancias. En ninguno de estos casos habrá colisión de jurisdicción porque el fallo criminal ha dejado un campo de acción no cubierto por la autoridad de la cosa juzgada, a donde los jueces podrían actuar para apreciar lo que concierne a su jurisdicción ordinaria y privativa. Pero cuando la providencia proferida por el juez penal, protegida por la presunción de verdad judicial, versó sobre el fondo del asunto sometido a su jurisdicción, sin dejar aspecto ni elemento alguno fuera de su estudio, apreciación y fallo, y no se funda en insuficiencia probatoria, en ese caso tal fallo sí impide por las elevadas razones de orden público ya dichas, que ante otro juez se renueve la consideración y análisis de un hecho cuyo alcance y calificación jurídica ya fue establecido por el órgano judicial. Esta debida y necesaria coordinación de las dos jurisdicciones es la que precisamente viene a establecer el artículo 28 del C. de P. P. cuyo alcance e interpretación ha sido ilustrado por el artículo 29 de la misma codificación. La ineludible concordancia que debe existir, por las razones ya dichas de orden público inculcado a la necesidad de evitar la anarquía de los fallos judiciales, entre el derecho penal y el derecho civil, impone la necesidad de acatar y respetar como definitiva y para todas sus conse-

cuencias, la sentencia proferida por la jurisdicción del crimen en que se ha estatuido que determinado hecho, a la luz de un complejo acervo probatorio, carece de los elementos esenciales para poderlo considerar jurídicamente como culpa".

En el caso de que trata esta controversia, el Juez en lo penal sobreseyó definitivamente a favor de Benítez, como conductor del vehículo, no propiamente por razón de una simple ausencia de culpa, que hubiera dejado el campo abierto para el examen y calificación de otros motivos de culpabilidad, sino porque "el acto material que dio lugar al deslizamiento del vehículo hacia el precipicio fue, indudablemente, el sueño que repentinamente acometió al piloto, toda vez que ningún obstáculo se le interpuso en su marcha y que la dirección y los frenos del aparato funcionaban correctamente"; y ese hecho, en su concepto, excluyó toda "falta de previsión en lo previsible", porque "habiendo reposado el agente durante la noche anterior y no habiendo ingerido ninguna sustancia tóxica, le era imposible prever el momento en que el control de sus movimientos quedaría paralizado por la acción del sueño y, por consiguiente, quedar en incapacidad de conducir por senderos de seguridad el vehículo que viajaba con cuatro personas más".

De donde se deduce, que enjuiciado por la justicia penal, cierta y necesariamente el caso fortuito como eximente de responsabilidad en el evento, aquella calificación, con la que dicho sea de paso no podría estar conforme el criterio de la Sala, cerró definitivamente las puertas para la investigación de toda culpabilidad, y con el sello de verdad judicial indiscutible que ella comporta, precluyó *erga omnes* el ejercicio de la acción civil indemnizatoria, no sólo respecto del conductor del vehículo contra quien aquélla se adelantaba, sino también para el empresario por cuya cuenta se hacía el transporte.

Porque aun cuando en la investigación penal no se hizo ni podía hacerse objeto de calificación alguna la responsabilidad contractual del inculcado, y menos aún la del empresario que ni siquiera fue llevado al proceso, es lo cierto que fundada tal responsabilidad en la misma causa de la extracontractual, o sea, en la culpa directa del chofer, en términos de que sólo por razón de ella se ha pretendido civilmente responsable al empresario, el examen que de la misma se hiciera en el presente, aún para fijarle consecuencias distintas a las ya deducidas, inevitablemente con-

duciría a una nueva calificación del hecho juzgado en lo penal.

No desvirtúa esta identidad de causa en la responsabilidad por culpa extracontractual juzgada, y en la contractual que en este juicio se persigue, el hecho de que para la segunda se hubiera dejado en vigencia la responsabilidad del deudor cuando el caso fortuito ha sobrevenido por su culpa (artículo 1604 del C. C.), o en otros términos, que "Para exonerarse de toda responsabilidad, el porteador deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo". (Artículo 306 del C. de Co.). Porque reconocido en el auto de sobreseimiento que "habiendo reposado el agente durante la noche anterior y no habiendo ingerido ninguna sustancia tóxica, le era imposible prever el momento en que el control de sus movimientos quedara paralizado por la acción del sueño y por consiguiente, quedar en incapacidad de conducir por senderos de seguridad el vehículo en que viajaba con cuatro personas más"; quedó legítimamente acreditado a través del fallo penal la ausencia de culpa en la ocurrencia del hecho fortuito determinante del daño, con la observancia de aquellas normas de

prudente diligencia con que de ordinario es posible prevenirlo.

En consecuencia, ninguno de los cargos que con fundamento en el supuesto de error de haberse el sentenciador acogido al auto de sobreseimiento como prueba de la inculpabilidad en la inejecución del contrato, son procedentes, y deben por lo tanto rechazarse.

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 catorce (14) de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este negocio.

Las costas del recurso a costa del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas.
Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas.
Hernando Lizarralde, Secretario.

CUANDO ES PROCEDENTE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — REQUISITOS PARA QUE PUEDA EJERCERSE LA ACCION DE LANZAMIENTO. — EL HECHO DE HABITAR UN INMUEBLE NO ES POR SI SOLO INDICATIVO DE POSESION MATERIAL, SALVO QUE EL OCUPANTE OSTENTE UN TITULO DE AQUELLOS QUE DE SUYO LEGITIMAN LA POSESION. — TAMPOCO ES SIGNO DE ESTA EL QUE QUIEN RECIBIO LA COSA A TITULO DE MERA TENENCIA, SE NIEGUE LUEGO A RESTITUIRLA

1.—El segundo de los motivos de casación consagrado en el artículo 520 del Código Judicial, sólo es procedente —como lo ha repetido invariablemente la Corte— cuando el fallo decide sobre puntos ajenos a la controversia o cuando deja de resolver sobre algunos de los que fueron objeto del pleito o ya cuando se condenare en más de lo pedido o se dejare de fallar sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas; pero se ha advertido también constantemente que como la parte resolutive de la sentencia es la que obliga y la que fija las relaciones jurídicas de las partes, es en ella en donde debe buscarse la incongruencia con las pretensiones deducidas en oportunidad por los litigantes.

“Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo como es la de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derechos diferentes al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos del artículo 520, que engloba las diversas maneras de violación de ley sustantiva”. (Casación de 30 de julio de 1941 G. J., n. 1. 977, pág. 21).

2.—La formalidad de la licencia judicial que para enajenar bienes raíces de la mujer casada exigía el art. 1810 del C. C., obedecía a la incapacidad a que ésta estaba sometida antes de entrar en vigencia la Ley 28 de 1932, que le reconoció plena capacidad. Era ésa una exigencia legal estableci-

da sólo en atención a la calidad o estado de la mujer casada y en beneficio de ella. Así lo aceptó y pregonó siempre una constante jurisprudencia de la Corte.

Y la omisión de ese requisito genera, en consecuencia, una nulidad relativa del contrato, en atención de lo estatuido en el art. 1741 ibidem, que puede sanearse por la ratificación de la parte interesada, tal como lo prevé el artículo 1743 de la misma obra.

Luego la ratificación que una mujer hizo cuando ya era viuda y gozaba, de consiguiente, de plena capacidad civil, de un contrato de compraventa celebrado sin la mencionada formalidad de la licencia judicial, sana la nulidad de que adolecía el contrato.

3.—La obligación de restituir la cosa arrendada o prestada que consagra el Código Civil, se hace valer mediante el procedimiento o juicio especial que reglamenta el Título XXXVII del Código Judicial cuando el actor puede exhibir la prueba de la existencia del contrato, tal como lo requiere no sólo el inciso primero del artículo 1104 del C. J., sino todos los demás apartes de esta misma disposición, pero no cuando el demandante carece de esa prueba y, por el contrario, entre las partes se controvierte sobre la existencia misma del contrato. Entonces es preciso acudir a la tramitación amplia del juicio ordinario para lograr la demostración del contrato y la restitución de la cosa.

4.—Para el dueño y en general para todo aquel que ostente y demuestre que tiene un título de aquellos que de suyo legitiman la posesión, el solo hecho de habitar un inmueble es signo de posesión material; mas eso no puede predicarse de todo ocupante, porque habitan el arrendador, el comodatario, el usuario, etc., y el hecho tiene, de consiguiente,

te, una significación equívoca y no podría investírsele de la categoría de acto posesorio, sino en determinadas circunstancias.

Tampoco es signo indicativo de posesión el que quien recibió una cosa a un título de mera tenencia, se niegue luego, ante una exigencia del otro sobre el particular, a restituírsela, porque de esa circunstancia no puede lógica ni jurídicamente deducirse que él desde entonces se da por dueño, ya que la negativa a restituir no es acto posesorio y a cada instante se niegan a hacerlo el arrendatario, el comodatario, el habitador, etc., sin que se pretendan dueños.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo veinte y siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda).

El Presbítero José Miguel Agudelo propuso ante el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín juicio ordinario contra Juan A. Agudelo para que en sentencia definitiva se declare que son legales los contratos de compraventa contenidos en las Escrituras números 167 de 3 de febrero de 1911 y 364 de 6 de febrero de 1920 por las cuales Marco A. Uribe y Macrina Velásquez de Uribe le vendieron el inmueble que en tales instrumentos se relaciona; que en consecuencia, es dueño de la casa y solar que el demandado ocupa con su familia, que hace parte del inmueble antes mencionado; que el demandado está obligado a restituírsele y a pagarle la suma de \$ 3.000.00, o la que fijen peritos como frutos por concepto de arrendamientos, etc., más el valor de los perjuicios por razón de indebida retención del bien junto con las costas del pleito.

La demanda se apoya en los siguientes hechos:

“**Primero.** Los cónyuges Marco A. Uribe y Macrina Velásquez vendieron al citado presbítero un inmueble especificado allí por su situación y linderos, según escritura N° 167 de 3 de febrero de 1911, registrada y acompañada.

“**Segundo.** Posteriormente, por escritura N° 364 de 6 de febrero de 1920, registrada y allegada, Macrina Velásquez, ya viuda, ratificó en todas sus partes la venta del bien raíz hecho por el instrumento público primeramente citado.

“**Tercero.** Parcialmente conserva ese inmueble el actor, esto es, el solar que viene poseyendo como dueño desde el otorgamiento en la precitada escritura.

“**Cuarto.** La otra parte del bien raíz en referencia, o sea la casa y un pequeño pedazo de solar, encerrados por tapias, está ocupada por el hermano del actor, D. Juan Agudelo, con su familia, en calidad de arrendamiento, cuyo cánón prometió pagarle al dueño, pero sin fijarlo; y como se tratara de un hermano que siempre le reconoció dominio al citado presbítero, éste se fue disimulando en cuanto a determinar la cuantía del cánon de arriendo y su cobro, no así en lo concerniente al cuidado y vigilancia de aquella casa, pues varias veces el actor suministró dinero para mejorarla y conservarla.

“**Quinto.** El ocupante del inmueble se ha desentendido del pago de arrendamientos al actor, habiéndolo podido hacer, y ésta la razón para reclamarle la desocupación y entrega de aquella casa, sin conseguirlo, sino sólo repetidas promesas de hacerlo.

“**Sexto.** Presenta el certificado de propiedad y libertad de aquel inmueble, por treinta años, según el cual es su único dueño.

“**Séptimo.** D. Juan Agudelo, demandado, está acopiando materiales de construcción para agrandar aquella casa, contra expresa prohibición de su hermano el mencionado sacerdote.

“**Noveno.** El inmueble parcial ocupado por D. Juan Agudelo con su familia, está comprendido por los linderos que allí mismo se detallan”.

Como fundamentos de derecho citó las disposiciones relativas a la tradición del dominio, a la posesión y a la acción reivindicatoria.

El 17 de febrero de 1948, el demandado contestó la demanda negando algunos hechos, aceptando otros, oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas y proponiendo la excepción de prescripción extraordinaria con fundamento en que ha poseído por más de treinta años, con ánimo de señor y dueño, y sin reconocer dominio ajeno el inmueble materia de la demanda.

Con base en esas mismas circunstancias propuso demanda de reconvencción contra el presbítero Agudelo para que se declare que adquirió por prescripción extraordinaria el inmueble cuestionado.

El contrademandado contestó negando los hechos y oponiéndose a que se haga la declaración solicitada.

Surtido el doble juicio por los trámites correspondientes, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 4 de agosto de 1948, por la que declaró que el actor es dueño del inmueble que se reivindica y condenó al demandado a restituír-

selo junto con sus frutos, a partir de la contestación de la demanda.

No accedió a las demás declaraciones solicitadas en ésta ni a las de la demanda de reconvencción, declarando, de consiguiente, no probada la excepción de prescripción.

La apelación concedida a ambas partes llevó el negocio al conocimiento del Tribunal Superior de Medellín el que en sentencia de 30 de marzo de 1949, confirmó la apelada.

En la motivación de esa sentencia el Tribunal, después de hacer un resumen de lo dicho por demandante y demandado al contestar las posiciones que absolvieron y de lo que aseveran los testigos producidos por los mismos, dice:

"De lo expuesto hasta aquí se deduce: a) Que el señor Juan Antonio Agudelo ha vivido y vive con su familia en la casa a que se refiere el proceso, hace más de treinta años continuos; b) Que este mismo señor le ha hecho mejoras, por su cuenta, al aludido inmueble, partiendo la incorporación de esas mejoras desde hace unos catorce años atrás del año de 1948, y que pagaba por los años de 1925 y 1926 los servicios de luz; c) Que el demandante señor presbítero Agudelo no ha recibido dinero alguno del demandado, por concepto de pago de arrendamiento; d) "Que el demandado asegura haber hecho un negocio con el actor acerca de la propiedad debatida, y que fue entonces cuando entró a ocuparla, pero no ha demostrado cuál fue ese negocio; e) Que el demandante compró la referida casa, como consta en los títulos acompañados al juicio, y que, según el certificado de la Oficina de Registro aquéllos no han sido cancelados; f) Que el señor presbítero Agudelo a partir del año de 1925 ha venido pagando la llamada contribución de caminos, por el apuntado inmueble, y que hizo en éste un cerco divisorio para separar parte de lo que formaba la integridad del bien adquirido por la escritura del año de 1911 ya citada; y g) Que el actor, como lo reconoce el mismo demandado y lo atestiguan varios declarantes, ha acostumbrado suministrarles gratuitamente casas para vivir a los miembros de su familia, pobres.

"De las pruebas presentadas por los litigantes se infiere que el demandado no ha alcanzado a demostrar, no obstante haber estado viviendo con su familia en la casa dicha, por un período de más de treinta años, según lo reconoce el mismo actor, que tal ocupación la haya ejercitado con ánimo de señor y dueño, porque ha establecido en verdad que ha pagado, por ejemplo, el servicio de

luz y agua, pero esos servicios entre nosotros los paga el inquilino o el comodatario. Ha establecido también que ha hecho algunas mejoras en el referido inmueble, pero el demandante alega que le suministró dinero para ellas. En todo caso, D. Juan Antonio no ha logrado probar que en todo el lapso supradicho, preciso para la prescripción extraordinaria adquisitiva, haya ejercitado sobre la casa litigada actos de dominio; y por el contrario, el demandante comprobó que durante ese lapso ha ejercitado sobre el referido inmueble algunos actos de señor y dueño, como son los de pagar contribución de caminos y hacer construir un cerco divisorio para separar del predio ocupado por el demandado, parte del solar. Todos estos hechos le permiten a la Sala llegar a la conclusión de que el contrato operado entre los litigantes fue el de comodato precario o préstamo de uso, teniendo de consiguiente el demandado la obligación legal de devolverle a su dueño la cosa prestada, y el demandante el derecho de exigir esa entrega en cualquier tiempo.

Lo anterior consecuencialmente deja sin fundamento lo pretendido por el demandado en su demanda de reconvencción, enderezada a que se declare en su favor la prescripción adquisitiva del inmueble discutido".

Al demandado se le concedió recurso de casación, el que al cabo de su tramitación legal se procede hoy a decidir.

El recurrente propone contra el fallo los cargos que en seguida se resumen y estudian por la Sala, principiando a hacerlo por el segundo, por cuanto que en él se invoca la causal 2ª del art. 520 del C. J.

Allí dice el recurrente que como se ve de los hechos y peticiones que de la demanda cita, el actor ejercitó claramente la acción de dueño arrendador y que como tal pidió que se condenara al demandado a entregar el inmueble en calidad de arrendatario; que así se trabó la litis; que el actor no invocó la acción de comodante o prestamista y que el Tribunal entendió que era la de reintegro o devolución de la cosa dada en comodato, y que como con ese criterio decidió el litigio, incurrió en la segunda de las causales de casación.

Se considera:

No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, constituye el segundo de los motivos de

casación consagrado en el artículo 520 del Código Judicial, el cual sólo es procedente —como lo ha repetido invariablemente la Corte— cuando el fallo decide sobre puntos ajenos a la controversia o cuando deja de resolver sobre algunos de los que fueron objeto del pleito o ya cuando se condenare en más de lo pedido o se dejare de fallar sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas; pero se ha advertido también constantemente que como la parte resolutive de la sentencia es la que obliga y la que fija las relaciones jurídicas de las partes, es en ella en donde debe buscarse la incongruencia con las pretensiones deducidas en oportunidad por los litigantes.

Siguiendo ese criterio se comprende fácilmente que el Tribunal no incurrió en el motivo de casación que se invoca. En efecto, la sentencia recurrida confirmó la de primera instancia, y ésta en su parte resolutive contiene cinco numerales que guardan perfecta armonía con lo que se había demandado a la justicia. En el primer punto se declara que el actor es dueño del inmueble materia de la controversia, que corresponde precisamente a la acción petitoria de dominio de que trata la súplica segunda de la demanda; en el punto segundo se condena al demandado a restituir al demandante el mismo inmueble junto con sus frutos, tal como se había solicitado en las peticiones tercera y cuarta del libelo; en el punto tercero, se absuelve al demandado de las demás declaraciones en su contra solicitadas en la demanda, y sabido es que una decisión absoluta generalmente no puede ser tachada de incongruente; en el punto cuarto, sobre el cual cabe la misma reflexión que acaba de hacerse, no se accede a lo solicitado en la demanda de reconvencción y se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por el demandado.

No existe, por tanto, la tacha de incongruencia que se formula a la sentencia recurrida.

De otro lado, al estimar el Tribunal que la acción ejercitada es la reivindicatoria y al decidir sobre ella, no incurrió en apreciación equivocada de la demanda, pues ésta es precisamente la acción que propuso el demandante. Los hechos fundamentales y conducentes del libelo, las peticiones del mismo y los fundamentos de derecho lo revelan con toda claridad. En los primeros el actor aseveró, en resumen, que tiene títulos legítimos que lo acreditan como dueño del inmueble, del cual el demandado se ha declarado en posesión; en las segundas, pide que se le reconozca

como dueño y que se condene al demandado a restituírselo, y en los últimos se citan las disposiciones pertinentes del Código Civil sobre tradición del dominio, posesión y precisamente las que consagran la acción reivindicatoria, con lo cual ésta quedó perfectamente configurada y definida. De la aseveración que se hace en el hecho cuarto de la demanda sobre que el demandado entró a ocupar la finca en virtud de un contrato de arrendamiento, no es posible deducir rectamente que lo que el actor ejercitó fue una acción emanada de ese contrato para lograr la entrega, y no la reivindicatoria con fundamento en el dominio, porque, en primer término, no es jurídico deducir la intención e índole de la acción que en una demanda se ejercita de uno solo de los hechos, que la sustentan, sino de todo su conjunto, o sea de la totalidad de éstos, de las peticiones o súplicas que se impetran y de los fundamentos de derecho que se le asignan y está visto que siguiendo este criterio de interpretación no cabe duda alguna que la acción incoada es la reivindicatoria, y porque, en segundo lugar, de los propios términos del hecho en referencia en que se dice que el cánón de arrendamiento no se fijó por las partes, se desprende que el tal contrato no tuvo existencia jurídica por falta de uno de los elementos que le son esenciales, al tenor de lo estatuido en los artículos 1973 y 1976 del C. C., y que lo que allí se califica como arrendamiento no es tal jurídicamente, por lo cual implicaría un contrasentido aceptar que la acción de entrega se apoya en lo que impropriamente se llama “arrendamiento”.

Con la mención de ese hecho no se perseguía otra finalidad que la de anticipar el actor una defensa ante la excepción de prescripción que pudiera alegar el demandado por razón de su larga ocupación de la finca, atribuyéndole por anticipado un título precario, de mera tenencia en esa ocupación, que impide que la prescripción tenga lugar.

Como observación final para replicar el cargo, es oportuno reproducir aquí lo que la Corte sostuvo en sentencia de treinta de julio de mil novecientos cuarenta y uno, cuando dijo:

“Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación ju-

rídica del fallo como es la de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derechos diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos del artículo 520, que engloba las diversas maneras de violación de ley sustantiva" (Casación, 30 julio 1941. G. J. N° 1977, pág. 21).

No prospera el cargo.

Apoyado en la causal primera de casación, el recurrente propone los cargos que en seguida se compendian y consideran:

Primer cargo. Se afirma que el demandante adquirió el inmueble de que trata la demanda por medio de la escritura N° 167 de 3 de febrero de 1911, en la que figuran como vendedores Marco A. Uribe y la esposa de éste, Macrina Velásquez; que la mayor parte del bien venido era de ésta; que en ese instrumento consta que ella obró sin licencia judicial, contrariándose así lo estatuido en el art. 1810 del C. C., por lo cual dicha venta quedó afectada de nulidad absoluta, la que no se saneó por la ratificación que la vendedora hizo, ya viuda, por la escritura N° 364 de 6 de febrero de 1920, en atención a lo estatuido en el art. 15 de la Ley 95 de 1890; que el Tribunal no paró mientes en esas circunstancias, y apoyó la escritura N° 167 como título perfecto para la transmisión del dominio, incurriendo con ello en error de derecho y en violación consecuencial de los artículos 1741, 1810, 946, 947 y 950 del Código Civil.

Añade, de otro lado, que el sentenciador incurrió en manifiesto error de hecho al tomar como presentado o pedido oportunamente como prueba el certificado de registro que obra al folio 6 del cuaderno de pruebas N° 2, que tiende a demostrar la suficiencia del título referido, cuando no se sabe cómo, cuándo y por qué aparece agregado a los autos; que por tal motivo no puede tenerse como prueba ni darle valor probatorio, al tenor de lo dispuesto en los numerales primero y tercero del art. 597 del C. J., para demostrar la suficiencia del título; que a consecuencia de eso y al reconocer en el actor el dominio del inmueble que pretende reivindicar, quebrantó los artículos 635 del C. J. y 673, 745, 756 y 789 del Código Civil.

Se considera:

La formalidad de la licencia judicial que para enajenar bienes raíces de la mujer casada exigía el art. 1810 del C. C., obedecía a la incapacidad a

que ésta estaba sometida antes de entrar en vigencia la ley 28 de 1932, que le reconoció plena capacidad. Era esa una exigencia legal establecida sólo en atención a la calidad o estado de la mujer casada y en beneficio de ella. Así lo aceptó y lo pregonó siempre una constante jurisprudencia de la Corte.

Y la omisión de ese requisito genera, en consecuencia, una nulidad relativa del contrato, en atención a lo estatuido en el art. 1741 ibidem, que puede sanearse por la ratificación de la parte interesada, tal como lo prevé el artículo 1743 de la misma obra.

Luego la ratificación que por medio de la escritura N° 364 de 6 de febrero de 1920 hizo la señora Velásquez de Uribe, cuando era ya viuda y gozaba, de consiguiente, de plena capacidad civil, del contrato de compraventa de que trata la escritura N° 167 de 3 de febrero de 1911, saneó la nulidad de que éste adolecía, por lo cual el sentenciador al estimarlo como plena prueba del dominio en cabeza del actor, no incurrió en el error que le imputa el recurrente ni en el consecuencial quebranto de las disposiciones que se citan.

En relación con el segundo fundamento del cargo, y aún en el supuesto de que el certificado de que allí se habla no hubiera sido allegado al juicio en forma legal y que el sentenciador incurriera en error al estimarlo como prueba, tales circunstancias no determinan la casación del fallo, puesto que, de un lado, el actor presentó el título de dominio, con la constancia de su registro y esa inscripción subsiste mientras no se pruebe que ha sido cancelada como lo dispone el artículo 789 del C. C., lo cual es suficiente para reputarlo dueño, y, de otro lado, en juicios de la naturaleza del presente no se requiere —como lo tiene establecido la jurisprudencia— la exhibición del certificado sobre suficiencia del título, de que trata el artículo 635 del C. J. En ese sentido pueden verse entre otras, las siguientes sentencias de casación: La de 22 de noviembre de 1946, Tomo LXI, pág. 439; la de 7 de febrero de 1947, Tomo LXI, pág. 728, y la de 30 de junio de 1947, Tomo LXII, pág. 491.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Segundo cargo. Aquí el recurrente sostiene, en resumen, que el sentenciador incurrió en error de hecho manifiesto en la interpretación de la demanda al entender que la acción en ella ejercitada para lograr la entrega del inmueble es la originada en el contrato de comodato, cuando en

parte alguna del libelo se dice tal cosa y que a consecuencia de ese error quebrantó por aplicación indebida los artículos 2200, 2201, 2205, 2208, 2219, 2220 del Código Civil.

Añade que aún en el supuesto de que el demandante hubiere ejercido la referida acción, el Tribunal incurrió en error de derecho al aceptar declaraciones de testigos como prueba del citado contrato de comodato, que por versar sobre el uso de una casa, se denomina derecho de habitación, que es real, de acuerdo con los artículos 665 y 870 del C. C.; que confiere derecho inmueble, de conformidad con los arts. 667 y 657 ibidem; que se constituye y demuestra por medio de escritura pública, al tenor de los arts. 871 y 826 de la misma obra; que sólo se perfecciona por la entrega, según el inciso 2º del art. 2200 y que por tratarse de inmueble la tradición del derecho sólo se efectúa por el registro conforme a los arts. 756 y 871 en relación con el 826 del C. C.

De allí desprende que el Tribunal quebrantó los arts. 1760, 871, 826 y 756 del C. C. sobre constitución y prueba del contrato de comodato de inmuebles, y a causa de ese error de derecho violó, por aplicación indebida, los artículos 2200, 2201, 2205, 2208, 2219 y 2220 ibidem.

Se considera:

El Tribunal no ha incurrido en el error de hecho que se le imputa en la primera parte del cargo precedente, pues en forma alguna ha aseverado en su fallo que la acción que se ejercita en la demanda es la emanada de un contrato de comodato o préstamo de uso celebrado entre los litigantes sobre el inmueble cuestionado. Por el contrario, fue nítido al hablar que la acción que se propuso es la reivindicatoria, así lo expresa categóricamente cuando en el comienzo de la sentencia dice: "El señor presbítero José Miguel Agudelo, presenta demanda reivindicatoria (subraya la Sala) contra su hermano D. Juan A. Agudelo" y lo reitera más adelante cuando dice que el "Juez desató la litis en fallo del 4 de agosto del año próximo pasado, que accede a la reivindicación".

Además, en ese fallo el inferior acepta también que la acción incoada es la reivindicatoria o de dominio, cuyos elementos o requisitos analiza y estudia expresamente y los encuentra probados, y esa decisión la confirma en la suya el Tribunal sin hacer rectificación alguna a tales apreciaciones,

lo que significa que cuando menos implícitamente las acoge.

Y ya se vio y demostró al estudiar el cargo sobre incongruencia, que esa es la verdadera naturaleza de la acción propuesta. Como tal la han tenido las partes durante todo el proceso: El actor en el libelo inicial del pleito y sus alegatos de bien probado, y el demandado, en la demanda de reconvencción y en su alegato de primera instancia en que expresó que el presbítero Agudelo le propuso "juicio ordinario de reivindicación".

Es patente que el sentenciador no ha incurrido en el error que se le atribuye, y si en la parte final del fallo aceptó que estaba probado en autos que "el contrato operado entre los litigantes fue el de comodato precario o préstamo de uso", ello —rectamente entendido— fue para significar que el demandado había entrado a ocupar el inmueble en virtud de ese título y no como se dijo en el libelo por razón de un supuesto arrendamiento, y que por eso, entre otros motivos, no podía reconocérsele la prescripción adquisitiva que alegaba.

De consiguiente, si no se ha producido ni existe el error de hecho que se alega en la interpretación de la demanda, el cargo que por tal concepto se formula sobre violación de las disposiciones que se citan, es inoperante, y por ello mismo carece de interés para la decisión del recurso el estudio de la acusación en la parte en que se habla del error de derecho en la apreciación de las pruebas referentes al comodato, porque ella se propone, y no podría ser de otro modo, en el supuesto —que no se confronta— de que se estime que la acción propuesta en la demanda se ejercite con base en ese contrato. En tales condiciones, la consideración de las cuestiones que allí se esbozan tendría una finalidad meramente académica, sin incidencia alguna en el fallo acusado, y esa labor escapa a la índole del recurso de casación.

No prospera, por tanto, el cargo.

Tercer Cargo. Este cargo se formula como subsidiario de los anteriores, para el caso de que se acepte que la acción propuesta es la reivindicatoria, en cuyo evento sostiene que ésta es improcedente o que carece de ella el actor, pues la que debió ejercerse es otra, por lo cual existe una excepción perentoria que debe declararse de oficio conforme al artículo 343 del C. J. Al efecto, expresa que el actor entendió o afirmó en la demanda que había celebrado contrato de arrendamiento con el demandado sobre la finca, por

lo cual para lograr la restitución no tenía la acción reivindicatoria, sino otra distinta, como la del deshaucio y lanzamiento, tal como lo prescriben los artículos 2005 a 2009, 2034 y 2035 del C. C., pues en tal caso el demandado no es poseedor sino mero tenedor; que lo mismo ocurre en el comodato, al tenor de los artículos 2205 y 2206 ibidem; y que entonces al acoger la acción reivindicatoria, siendo improcedente o inexistente, se violaron las disposiciones citadas y se aplicaron indebidamente los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. C. sobre reivindicación.

Se considera:

La obligación de restituir la cosa arrendada o prestada que consagra el Código Civil, se hace valer mediante el procedimiento o juicio especial que reglamenta el Título XXXVII del Código Judicial cuando el actor puede exhibir la prueba de la existencia del contrato, tal como lo requiere no sólo el inciso primero del artículo 1104 del C. J., sino todos los demás apartes de esta misma disposición, pero no cuando el demandante carece de esa prueba y por el contrario, entre las partes se controvierte sobre la existencia misma del contrato. Entonces es preciso acudir a la tramitación amplia del juicio ordinario para lograr la demostración del contrato y la restitución de la cosa. De igual suerte sucede con la acción ejecutiva: el acreedor puede acudir a esa vía especial cuando tiene la plena prueba de la existencia de la obligación y ésta es expresa, clara y exigible; cuando quiera que esa prueba falta o la obligación no reúna esas calidades, al acreedor no le queda otra vía a seguir que la ordinaria.

A este respecto ya había dicho la Corte en sentencia de 14 de junio de 1945:

“La acción especial de lanzamiento supone la existencia reconocida por ambas partes, del contrato que regula sus relaciones, que se demuestra al presentarse la demanda y que sirve para hacer efectivos los derechos que del pacto se desprenden.

“El juicio especial de tenencia tiene lugar cuando existe la prueba del contrato de arriendo y su terminación”. (Casación, G. J. Tomo LIX, página 348).

Y en el mismo fallo se dijo que cuando tales requisitos o exigencias no concurren “deberá adoptarse la vía ordinaria”.

Lo anterior se ha expuesto con el simple objeto de rectificar las apreciaciones que sobre el

particular hace el recurrente en el cargo anterior, pues la demás fundamentación que éste trae ya quedó replicada y desvirtuada, en concepto de la Sala, al estudiarse el cargo segundo y el relativo a incongruencia, en donde se demostró que la acción propuesta es la reivindicatoria; que la restitución no se pide con base en el pretendido o supuesto contrato de arrendamiento, sino con apoyo en el derecho de dominio que el actor invoca y en la circunstancia de que el demandado se ha declarado poseedor del inmueble, como él mismo lo sostuvo y aceptó en la contestación de la demanda y en el libelo de reconvencción. Las razones que allá se expusieron se dan por reproducidas aquí, para declarar, como en efecto se declara, que es infundado el cargo que se considera.

Cuarto cargo.—Invocando la causal primera del artículo 520 del C. J. el recurrente acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva a consecuencia de errores de hecho y de derecho y por errónea interpretación y aplicación de la misma; pero en relación con la interpretación errónea de la ley, fué de su mera invocación, no trae la acusación fundamentación alguna, lo cual equivale a que el cargo no se haya sustentado. Queda, pues, relevada la Sala de hacer su estudio.

En su alegación dice el recurrente que él propuso en este pleito no sólo la acción de prescripción extraordinaria sino también, como demanda de reconvencción, la acción de pertenencia del inmueble, con base en el artículo 2631 del C. C. y en la Ley 120 de 1928; que en autos es cuestión que no se discute, como que está probado hasta por la confesión que del demandante cita, que él entró a ocupar el inmueble desde el año de 1914 y que lo único que se controvierte es si durante algún tiempo reconoció dominio del actor, como éste lo asegura y él lo niega.

En seguida se ocupa el recurrente en hacer un detenido estudio de las pruebas mediante las cuales el Tribunal llegó a concluir que el actor había ejecutado actos de dominio sobre el inmueble materia de la reivindicación durante la época en que lo ha ocupado el demandado, y sobre el particular sostiene en resumen, lo siguiente:

1º El Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar unos certificados sobre impuestos de catastro o de caminos, al aceptar que con ellos se demostraba que el actor había pagado esa contribución o impuesto sobre el fundo reivindicado, desde 1925 en adelante;

2º En otro error de hecho incurrió la sentencia al admitir que después del año de 1918, o más

precisamente con posterioridad a 1925, el actor construyó un muro medianero o divisorio para deslindar su propiedad de la ocupada por el demandado, porque aun cuando es cierto que el hecho en sí, no lo es con respecto a la fecha, pues en el expediente no hay prueba sobre cuándo se realizó, y que aun cuando estuviere demostrada la fecha de su construcción, el hecho en sí no es demostrativo de acto de dominio en relación con la propiedad reivindicada;

3º Es otro error del fallo considerar que la instalación del servicio de agua en el mismo inmueble lo hizo el actor con posterioridad a la época en que principió la ocupación del demandado; cuando no hay prueba alguna sobre el momento en que ello hubiere ocurrido.

Añade, por último, que no existe ningún otro acto de dominio comprobado en el proceso.

4º Refiriéndose a otra cuestión dice el recurrente que en autos no hay prueba de que el demandado haya reconocido durante los últimos treinta años dominio del actor sobre el inmueble; que de los quince declarantes traídos por el actor para demostrar ese hecho, sólo tres aparecen diciendo algo que en el fondo no lo comprueba; se refiere a las declaraciones de Benicio Agudelo (f. 11, cuaderno número 2) y Antonio M. Ochoa (f. 11 v.); las critica y dice que no son claros ni contestes en las circunstancias de tiempo, lugar y modo como lo requiere el artículo 697 del Código Judicial; afirma que la casi totalidad de los aludidos quince declarantes son parientes de los dos litigantes y que la ley rechaza sus testimonios cuando se producen en favor del pariente, como aquí ocurre; pero lo que de allí resultare, se desvanece frente a la respuesta dada por el demandado a la primera pregunta del pliego de posiciones que absolvió (f. 18, cuaderno número 3), con la cual se demuestra que desde 1914 el demandante requirió al demandado para que le entregara la casa; que éste se negó y que desde entonces dejó de reconocer dominio a su hermano; que eso lo confirma la respuesta dada a la pregunta novena.

5º Aquí, en primer lugar, advierte el recurrente que el hecho primordial que suele ejecutar el que es o se da por dueño de una casa es habitarla con su familia, cosa que hizo el demandado. Cita luego el testimonio de varios declarantes, los que aun cuando dice que deponen sobre hechos diferentes, el Tribunal los da como demostrados y en ese punto el fallo lo favorece; destaca que esos hechos son los que el sentenciador puntua-

liza en los apartes a), b) y c) que del fallo quedaron copiados en otro lugar de esta providencia, y copia los contenidos en los apartes d), e) y f) del mismo fallo, y acerca del último, o sea en el que el Tribunal admite que el actor ha venido pagando la contribución de caminos desde 1925, expresa que el fallador incurrió en error de hecho manifiesto, tal como lo alegó en el punto primero de este cargo; critica las conclusiones que el fallo deduce de aquellos hechos y especialmente la referente a que el demandado no probó que durante el tiempo de ocupación del inmueble hubiera ejecutado actos de dominio, acerca de lo cual dice que es acto de esa naturaleza el que el demandado haya ocupado la casa con su familia durante más de treinta años, como está demostrado en el proceso y el sentenciador acepta que así ocurrió, pues lo normal es que quien realiza la ocupación se presume poseedor y de consiguiente dueño, mientras no aparezca o se le demuestre lo contrario.

En seguida entra a considerar la cuestión por el aspecto legal, citando varias disposiciones del Código Civil sobre justo título y prescripción, y al referirse al artículo 2531 expresa:

"El citado artículo permite la adquisición del dominio de las cosas comerciales, por prescripción extraordinaria. Para ella no se requiere título alguno y es el caso de mi poderdante según la regla primera del citado artículo; y se presume de derecho la buena fe, a falta de título adquisitivo de dominio según la regla segunda.

"Según la regla tercera, se presume mala fe, cuando al presunto prescribiente se le demuestre que posee con un título de mera tenencia, como el del arrendador o comodatario. Aquí no se demostró el contrato de arrendamiento y tampoco el de comodato de inmuebles, como atrás lo demostré. Pero aunque ello se hubiera demostrado, tampoco impide la prescripción extraordinaria de treinta años a que se refiere el artículo 2532, si conforme a las excepciones de la regla 3ª del 2531, el que se pretende dueño no puede probar que en ese lapso de treinta años el que alega la prescripción le reconoció dominio, aquí eso no se ha demostrado, como lo dije atrás, y al contrario, el propio actor expresa en posiciones, que su demandado se negó por más de treinta años a reconocerle el derecho de reintegro y no le quiso entregar.

"La segunda excepción consiste en que el que se pretende dueño o alega la prescripción en su favor, pruebe haber poseído sin violencia, clan-

destinidad, ni interrupción durante los citados treinta años. Mi poderdante que se pretende dueño e invoca esa prescripción no entró en la casa violentamente, o por la fuerza, como lo prevé el artículo 772 del C. C. Tampoco clandestinamente con ocultación para el verdadero dueño, como lo impone el artículo 774, inciso final. Y, finalmente, no hubo interrupción natural, ni civil, en ese lapso, como lo reconoce el propio actor. Este era el que tenía que demostrar con plenitud legal, que mi poderdante ha ocupado o poseído materialmente esa casa, con un título de mera tenencia y no lo demostró.

Más adelante añade:

"De manera que el Tribunal fallador, como atrás se vio, incurrió en manifiestos errores de hecho y de derecho, que le llevaron a negar la aplicación de los textos legales que dejo analizados, referente a la prescripción extraordinaria invocada por mi mandante. Consideró el Tribunal que por parte del actor hubo hechos o actos de dominio que interrumpieron la prescripción, como la hechura de un muro divisorio y erró de hecho en eso porque si alguna prueba hay sobre la fecha de eso, es la que da Clara Osorio de Agudelo al folio 22 v., cuaderno número 2, o sea que fue en 1914; fuera de eso no hay prueba de que fue durante los últimos treinta años.

"Considera el Tribunal que otro hecho por parte del actor fue el pago de contribuciones, y se vio que no pagó por la casa en litigio sino por otra, lo que implica otro error de hecho. Consideró que el haber pagado el servicio de agua el demandado, es acto que sólo ejecuta el **tenedor** y no el dueño de la casa y ese es otro error de hecho, porque ni consta que el demandado fuera simple **tenedor** ni que el agua la pagara el demandante. Considera en el párrafo final del folio 16, cuaderno número 4, que mi poderdante no ha ejecutado actos de dominio y ello implica otro error de hecho, porque si los ejecutó como el mismo Tribunal dice en el aparte b), folio 15 ibidem, que los ejecutó.

"Considera el Tribunal que esas mejoras se hicieron con dineros del actor, porque éste así lo dice sin que haya la menor prueba en su favor y ello es un error de derecho porque la prueba incumbe al actor, según el artículo 1757 del C. C. Finalmente consideró que mi poderdante no ocupó con ánimo de señor o dueño y da como razón el hecho de que el pago del servicio de agua pudo hacerse como inquilino o comodatario, lo que repito, no consta así y generalmente la hace el due-

ño, máxime cuando él es quien ocupa la casa con ánimo de tal.

"Al través de esos errores de hecho y de derecho, el Tribunal llegó a las siguientes violaciones de la ley sustantiva: Artículo 2512 del C. C. que consagra la prescripción adquisitiva invocada por el demandado y la extintiva de la acción del actor propuesta como excepción. Artículo 2531 en relación con el 2532, 2522 y 2524, porque mi poderdante poseyó durante más de treinta años, sin interrupción, sin violencia, ni clandestinidad, como atrás lo demostré y tenía derecho a invocar como excepción a la acción del actor la prescripción extraordinaria al menos y a la vez como prescripción adquisitiva para sí el mismo lapso, con lo cual a la vez se violó el artículo 2º y pertinentes de la Ley 120 de 1928, que invocó contra su demandante en reconvencción y para que se le declarara la pertenencia del inmueble debatido y se registrara la decisión judicial respectiva. El artículo 766 en cuanto para el Tribunal es justo título el aportado por el actor, sin detenerse a contemplar la nulidad absoluta de que adolece ante el artículo 1810 que igualmente resulta violado y que regía al extenderse la escritura 167 de 1911 en la Notaría Cuarta de Medellín".

Considera la Sala:

La prescripción con que se adquiere el dominio de las cosas se divide en ordinaria y extraordinaria. El Código Civil sienta reglas o principios generales aplicables a las dos clases de prescripción y especiales para cada una de ellas. Entre las primeras pueden citarse las siguientes: tanto la ordinaria como la extraordinaria constituyen un modo originario de adquirir; por medio de ambas se puede ganar el dominio de las cosas corporales raíces o muebles y los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados; en ambas se requiere, además, que se trate de cosas prescriptibles; que se hubiere ejercido la posesión de éstas y que esa posesión haya sido ininterrumpida durante cierto tiempo.

Fuera de esas reglas comunes a toda prescripción, la ordinaria necesita la concurrencia de los siguientes requisitos especiales: posesión regular y transcurso de tres años para los muebles y de diez para los inmuebles.

Y como la posesión regular es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, la prescripción en cuestión requiere además: 1º La existencia de justo título, ya sea constitutivo o traslativo de dominio, y siendo uno de esta úl-

tima especie, es necesaria también la tradición de la cosa, la que, cuando se trata de inmuebles, sólo se realiza plenamente con el registro del título y con la entrega material de la cosa, por lo cual, en materia de esta clase de bienes, para la prescripción ordinaria es de rigor la concurrencia de la posesión inscrita y de la material; y 2º La existencia de la buena fe, que por lo general se presume, aunque apenas es necesario que concurra en el momento de adquirir la posesión.

En cambio, para ganar el dominio de las cosas por medio de la prescripción extraordinaria, se requiere simplemente la posesión material ininterrumpida por espacio de treinta años, los que, a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1936, han quedado reducidos a veinte. En ese modo de adquirir no es necesario título alguno y se presume de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; pero la existencia de un título de mera tenencia hace presumir mala fe y no da lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

"1ª Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años (o veinte) se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; y,

"2ª Que éste pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo".

En el caso de autos el demandado invocó en su favor la prescripción extraordinaria, ora como excepción, ya como acción; por consiguiente a él le correspondía la carga de la prueba, y tal deber lo tenía que cumplir dando precisamente la demostración de que ejecutó en el inmueble desde treinta años antes de la notificación de la demanda hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, tal como lo requiere el artículo 981 del C. C., ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión. Por este motivo, y por lo que ha de decirse a continuación, los errores que se alegan en los numerales primero a cuarto de la acusación precedente, referentes a las pruebas sobre que el demandante realizó actos posesorios en el inmueble y sobre que el recurrente le ha reconocido el dominio que aquél invoca, no inciden, aunque estuviesen demostrados, sobre el fondo de la cuestión debatida, ni consiguientemente sobre la sentencia, pues lo que se trata de esclarecer ante todo es si el demandado poseyó durante los treinta años necesarios para prescribir. De allí el que sea inocuo el estudio

de las alegaciones que sobre tales errores se hacen.

Para el examen de aquella cuestión interesa ante todo destacar cómo entró el demandado a ocupar el inmueble controvertido. De lo que se dijo al comentar el hecho 4º de la demanda principal y de la respuesta dada a la reconvencción, se ve que el actor afirma que dicho bien se lo entregó a título precario para que lo habitara con su familia. El demandado al contestar la demanda y el libelo de reconvencción, es vago e impreciso sobre ese punto; pero ya al absolver posiciones aceptó que entró a ocuparlo porque hizo sobre ella una negociación con el actor, la que no expresó en qué consistió. Empero el apoderado del recurrente, apoyándose en algunas pruebas del expediente, en el numeral 13 de su demanda de casación, al hacer el resumen de los antecedentes del pleito, expresa lo siguiente:

"En Antioquia especialmente que yo sepa, cuando ogra educarse un hijo de aquellos hogares pobres y máxime si lo es para el estado del sacerdocio, ya en ejercicio de su ministerio, suele ser como mejor apoyo de toda su familia y los bienes que va adquiriendo los destina para el uso y comodidad de sus familias más pobres y necesitadas, ya donándoselos, ya dándoselos en uso, etc. Ello ha ocurrido al Padre Agudelo quien ha destinado muchos de sus bienes para uso y necesidades de sus parientes, según las declaraciones de los mismos que pueden leerse del fl. 12 al 23 vtos. del cuaderno número 2, y de allí que en 1914, al casarse su hermano Juan Antonio y no tener éste dónde vivir, le dio la casita que tenía en el lote comprado en 1911 a los cónyuges Marco A. Uribe y Macrina Velásquez de Uribe, según la escritura 167 de 3 de febrero de tal año a que me referí en el numeral 4º de este Capítulo. El hecho no se discute, ni se discute que ello hace casi treinta y seis años. Lo único que se ha discutido es si simplemente se la **prestó**, como dicen algunos y si luego en realidad le reconoció dominio o si Juan entendió que se la donaba y se consideró siempre como dueño o poseedor con ese fin".

Ahora, como la donación entre vivos no se presume sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes (artículo 1450 del C. C.), y en el expediente no existe prueba alguna referente a ella, por lo que surge del proceso y por lo que acepta hasta el propio recurrente, se ve con toda claridad que el demandado recibió el inmueble de manos del dueño en el año de 1914, para habitarlo con su familia; es decir, que inició su ocu-

pación como mero tenedor, en virtud de un título precario.

Si en esa calidad entró a ocupar la aludida finca, el solo hecho de habitarla con su familia por un término mayor de treinta años no es constitutivo o generador de posesión, pues sabido es que el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión (artículo 777 del C. C.) y que cuando se empieza a poseer en nombre ajeno se presume la continuación de ese estado de cosas hasta el momento en que se alega (artículo 780).

Claro es que para el dueño y en general para todo aquel que ostente y demuestre que tiene un título de aquellos que de suyo legitiman la posesión, el solo hecho de habitar un inmueble es signo de posesión material; mas eso no puede predicarse de todo ocupante, porque habitan el arrendador, el comodatario, el usuario, etc., y el hecho tiene, de consiguiente, una significación equívoca y no podría investirsele de la categoría de acto posesorio, sino en determinadas circunstancias que no son las que aquí se contemplan.

Ahora, un título de mera tenencia no da lugar a prescripción, según lo estatuye la regla 3ª del artículo 2531 del C. C., a menos que concurran las dos condiciones de que habla en su parte final la citada disposición, entre las cuales está la de que "el que alegue la prescripción **prueba haber poseído** (subraya la Corte), sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo" o sea por treinta años, y esa prueba de posesión tiene que versar sobre la ejecución ostensible por parte del prescribiente de hechos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, conforme al artículo 981 del C. C., que son los que permiten entender que el mero tenedor se despojó de ese carácter para convertirse en verdadero poseedor.

Peró como —se repite— el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión, el prescribiente que fue en un principio mero tenedor tiene que demostrar cuándo se operó tal cambio, en qué fecha principió a ejecutar actos materiales expresivos de su ánimo de dueño, para que así destruya la presunción que consagra el inciso 2º del artículo 780 del C. C.

Y en el caso de autos sólo se ha dado prueba testifical, que el Tribunal consideró como plena y que en realidad es incompleta, de que la ejecu-

ción de esos actos por parte del recurrente comenzó por allá en el año de 1925 y como la demanda se notificó en febrero de 1948, es claro que aquél, en el mejor de los casos, no ha demostrado haber poseído el inmueble por el tiempo necesario para que la prescripción se consume o sea por treinta años continuos.

A esta conclusión no se opone el que a poco de recibir la finca se hubiese negado el demandado a restituírsela ante una exigencia sobre el particular del actor, porque de esa circunstancia no puede lógica ni jurídicamente deducirse —como lo pretende el recurrente— que él desde entonces se dio por dueño, porque —como acertadamente lo observa el opositor— la negativa a restituir no es acto posesorio y porque a cada instante se niegan a hacerlo el arrendatario, el comodatario, el habitador, etc., sin que se pretendan dueños. En todo caso, lo evidente es que no se está en presencia de un hecho de clara sino de equívoca significación; y la duda no podría resolverse en favor del recurrente, que es el excepcionante y demandante en reconvencción, y de consiguiente actor, sino en favor del presbítero Agudelo, que asume o tiene el papel de demandado tanto en la excepción como en la demanda de reconvencción.

De lo dicho se deduce que no estando probada la prescripción que se alega, el Tribunal, al declararlo así, no ha quebrantado las disposiciones que como tales se citan en el cargo, el que por tanto se rechaza.

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de treinta (30) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Medellín.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente al Tribunal de origen.

Pedro Castillo Pineda — Gerardo Arias Mejía.
Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

OBLIGACIONES DEL VENDEDOR EN LA COMPRAVENTA COMERCIAL. — EN MATERIA COMERCIAL, LA ENTREGA DE LA COSA VENDIDA PUEDE SER REAL O SIMBOLICA. — CUANDO SE ENTIENDE VERIFICADA LA ENTREGA SIMBOLICA. LA TRANSMISION DE LA FACTURA TIENE TODA LA TRASCENDENCIA DE UNA TRADICION O ENTREGA VIRTUAL DE LOS EFECTOS RELACIONADOS EN ELLA. — RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR VICIOS DE LA COSA. — LA FIJACION DE LOS TERMINOS POR EL CODIGO DE COMERCIO PARA QUE EL COMPRADOR PRESENTE RECLAMO POR VICIOS DE LA COSA, NO CONSTITUYE OBLIGACION PERENTORIA PARA EL

1. — En la naturaleza y en los efectos de la compraventa comercial hay dos actos diversos: el del vendedor que se compromete a transferir la propiedad de la cosa y el del comprador que se obliga a adquirirla. Asi perfeccionada la venta, el vendedor queda obligado a entregar al comprador la cosa vendida. ¿Pero dónde debe hacerse esta entrega; qué debe comprender y cuál la forma de su realización?

La entrega o tradición debe hacerse en el lugar convenido, y a falta de convención en el que se encuentre la cosa en el momento de la venta. Esta es una regla universal, que restringe el derecho del comprador a impedir que el vendedor haga más difícil y dispendioso su recibo. Ella comprende la cosa vendida y sus accesorios, la integridad de los objetos que han sido materia del contrato, y el vendedor no cumpliría su obligación efectuando una entrega parcial, salvo aceptación del comprador. Debe hacerse a éste, o a quien lo represente como mandatario especial, o como dependiente encargado del recibo, o al cesionario o endosatario de sus derechos. En cualquiera de esos casos la entrega surte sus efectos legales, excepción hecha de cuando median observación o protesta legalmente admisibles.

En materia comercial, la entrega puede ser real o simbólica. La primera opera por la simple entrega material de la cosa vendida; la segunda, por la ejecución de actos por el vendedor que sitúan al comprador en condiciones de tomarla o disponer lícitamente de ella. El Código de Comercio ha precisado en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 239 los casos en que tiene lugar o

se entiende verificada la entrega simbólica. El primero de ellos tiene que ver directamente con el caso de autos, dada la circunstancia de que la entrega de los efectos vendidos fue verificada por el vendedor al comprador, por medio de la transmisión de los documentos o títulos representativos de las mercaderías, consistentes en la carta de porte o factura, el conocimiento de embarque y otros complementarios de éstos.

De estos documentos, la factura en el sentido de la ley, es la "nota-relación" de las mercaderías que el vendedor expide al comprador expresando su cantidad, y que, por lo general, contiene: la fecha de la remesa; la cantidad, calidad, peso, número y medida de los efectos; el precio convenido o la forma de determinarlo; tiempo y lugar de pago y la firma del vendedor. Este escrito, puede decirse que no es el documento constitutivo del contrato, propiamente dicho, él presupone la existencia de éste, no es sino el arreglo de cuenta, que aceptado por el comprador, produce efectos probatorios en el juicio. La factura puede afirmarse que toma el contrato en la situación jurídica en que lo encuentra y le imprime una forma especial. De aquí, que cuando la tradición de los efectos no se ha verificado, la entrega no existe, y la factura no puede operarla o significarla por sí misma.

Desde este aspecto, la factura no debía producir otros efectos legales que los de respaldar la acción del comprador para exigir la efectividad de la venta o el resarcimiento de los perjuicios. Sin embargo, nuestro Código de Comercio en el citado artículo 239 —numeral 1º— identificándola con la carta

de porte, le otorga a su transmisión toda la trascendencia de una tradición o entrega virtual de los efectos relacionados en ella. En efecto, allí se habla en los preceptos que regulan el alcance jurídico del conocimiento de embarque y de la carta de porte o factura, como elementos que, además de constituir la prueba del contrato de transporte, importan títulos representativos de mercaderías en tránsito, susceptibles de endoso o cesión, y como que este acto implica legalmente la subrogación del endosatario o cesionario en las obligaciones y derechos del endosante, explicándose así los efectos que la ley le hace producir a la factura en aquel sentido.

Endosados o cedidos la carta de porte o factura, o el conocimiento y los documentos complementarios —por la entrega de los papeles constitutivos del título, endoso en blanco—, o extendidos directamente al comprador, el vendedor ha hecho en realidad la entrega o tradición de las mercaderías vendidas en cuanto la de los títulos importa o “crea la posibilidad física” de tomarlas materialmente y la de poder disponer de ellas, en forma lícita por el comprador. Pero, como éste puede protestar de esa entrega, por causas justificadas, la ley establece como condición necesaria para que el endoso o cesión produzca todos sus efectos, que aquél la haya consentido, tácitamente, cuando menos. Esto, porque el hecho principal de esa tradición no es la tenencia material de la cosa, según el pensamiento de la ley, sino “aquella posibilidad física” de tomarla y la facultad de poder disponer lícitamente de ella. De aquí, que donde esa posibilidad exista, cualquiera que sea el hecho o circunstancia de los especificados en el artículo 239 del C. de Comercio, que le dé nacimiento, está verificada la transmisión del derecho en favor del adquirente, porque los diversos actos de tradición simbólica allí indicados, producen la virtual entrega de la cosa vendida, poniéndola, por este medio, a disposición del comprador, y con tal que éste lo acepte expresa o tácitamente, como cuando hace uso de los títulos entregados o transferidos para los fines de recibirla.

Estos principios generales se encuentran recogidos en el Código de Comercio, como disposiciones positivas.

2.— Fuera de la obligación de la entrega de la cosa vendida, tiene el vendedor el compromiso de garantizar al comprador la propiedad de ella, con las condiciones y calidades estipuladas, o las que correspondan a su naturaleza peculiar o propia, a falta de pacto al respecto. Estas obligaciones corresponden a las garantías por la evicción y por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida.

La primera de las garantías aludidas no tiene incidencia en el presente litigio, por tratarse de una reclamación sobre faltas en la cantidad estipulada, peso. No así la segunda, por haberla extendido la legislación comercial positiva a los defectos, o faltas en la cantidad o de calidad, que sin tener las características de los ocultos, se hallan comprendidos dentro de los extremos del artículo 251 del C. de Comercio.

Los defectos pueden ser de dos clases: aparentes, o sean susceptibles de ser descubiertos en el primer examen que de ellos se haga, y ocultos, que por lo general no se ponen de manifiesto en forma inmediata, en el primer examen, por cuanto suelen residir en la naturaleza íntima de la cosa, en su organismo o estructura. A veces se hallan en potencia y se revelan después de una más o menos prolongada actividad o uso del objeto, y, aún así, es necesario recurrir en muchos casos a los conocimientos técnicos.

Los Códigos Civil y de Comercio contemplan la clasificación que se dejó anotada, para los efectos de regular los derechos inherentes al comprador en cada caso, y los requisitos que deben concurrir para el ejercicio de los mismos, así como en el de las acciones conducentes para protegerlos.

Según el Código de Comercio, en principio el vendedor responde de los vicios aparentes que tienen los efectos vendidos, antes, durante y aún después de la adquisición, con posterioridad a su tradición efectiva al comprador, hasta tres días inmediatos a la entrega —artículo 251— y concede un plazo razonable para los ocultos, sin exceder de seis meses —artículo 246—. El Código fija esos términos atendiendo a los casos y circunstancias que se presentan, y sobre todo, a la de la rapidez que caracteriza a las operaciones comerciales. Así cuando el comprador no puede descubrir la falta de cantidad

o el defecto de calidad en el momento de recibir la mercadería, por la imposibilidad de verificar su peso inmediatamente o de notar el defecto de calidad, podrá reclamar dentro de los tres días inmediatos al de la entrega, justificando en todo caso, los extremos indicados en el citado artículo 251.

El Código de Comercio no prevé sino los casos en que las mercaderías son entregadas bajo cubierta o fardos, o si entregadas libres de éstos, necesitan la verificación de su peso, medida, cantidad, etc., o sea de modo que puedan examinarse inmediatamente, y el comprador debe, para poder accionar ulteriormente, reclamar esas faltas de cantidad, peso, medida, o mermas, también en forma inmediata dentro del término para tal objeto señalado.

La fijación de aquel término por la ley, en realidad no es una obligación perentoria para el comprador, pero si éste intenta las acciones que nacen del reclamo, con base en esos hechos, debe hacerlo dentro de ese término; en otra forma, corre el peligro o riesgo de una denegación, como consecuencia de la presunción que emerge o fluye del silencio observado —artículo 250 del C. de Comercio— y que determina la “preclusión” del derecho reclamado. Esto porque la ley supone que el comprador examina la mercadería con cierto detenimiento, y que si así no procediere, por descuido, negligencia, etc., sus efectos no son otros que los riesgos corren por su cuenta; o sea que se expone a que los defectos que señale fuéra del término reglamentario, sean estimados como no hechos o indicados, por expiración del plazo fijado para el reclamo de los vicios o faltas de cada género. El problema a resolver en estos casos se reduce en la práctica con la determinación del carácter del vicio o falta alegado; es una situación de hecho que queda comprendida dentro de las reglas generales fijadas por la ley para distinguir la variedad de casos que son de frecuente ocurrencia.

La garantía por los vicios ocultos o defectos de la cosa vendida, origina dos acciones por parte del comprador: la que tiene por objeto la devolución de la cosa, y, consecuentemente, la restitución del precio pagado; y la denominada “quantum minoris”, y que se dirige a reclamar el resto de la cosa

dejada de entregar, o a reclamar la parte de precio que vale menos esa cosa, por el vicio, tacha, defecto, o por falta de cantidad encontrada después de la entrega.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Manuel Neira M. y Marco A Pico, comerciantes de Bucaramanga, celebraron el 12 de septiembre de 1947, un contrato por medio del cual el primero vendió al segundo, la cantidad de noventa y ocho mil, setecientos setenta y tres kilos (98.773) de hierro, a razón de doscientos pesos (\$200.00) la tonedada y cuyo valor total asciende a la suma de diez y nueve mil setecientos cincuenta y cuatro pesos, con sesenta centavos (\$19.754.60). Estos efectos debían ser entregados al comprador en Puerto Wilches, según el contrato, pero, lo fueron en Bucaramanga. El precio fue pagado de contado y la venta se hizo al peso y sin fijar plazo para la entrega.

El 15 de septiembre de 1947, el vendedor Neira confirmó al comprador Pico, los términos del contrato verbal celebrado el 12 del mismo mes y año y le remitió adjuntos la carta de porte o factura, el conocimiento de embarque y otros documentos complementarios, para que los revisara y si los hallaba conformes hiciera uso de ellos para los efectos de la entrega de la mercadería por el transportador. Pico devolvió firmada una copia de la carta remisoría de los documentos en señal de haberlos recibido y de su conformidad con la transferencia o transmisión de ellos.

No hay constancia alguna de que el vendedor Neira le hubiera dado noticia o aviso al comprador Pico, de la llegada del hierro a Puerto Wilches, lugar fijado para la entrega de los efectos vendidos, ni que el último por su parte, hubiera concurrido a ese sitio para recibirlos.

Los Ferrocarriles Nacionales, transportador, entregaron al comprador Pico el hierro con la sola exhibición que hizo de aquellos documentos, previa firma del comprobante respectivo, por el encargado especial de recibirlo, quien dejó la constancia de hacerlo, sin verificar su cantidad o peso. Días después de haber ocurrido aquel hecho, el comprador reclamó un posible faltante en la cañ-

tidad o peso del hierro recibido determinada en el contrato.

Con estas bases Marco A. Pico demandó a Manuel Neira M., por la vía ordinaria de mayor cuantía, para que con su audiencia y en sentencia definitiva se hicieran las declaraciones siguientes:

"1) Que el señor Manuel Neira M. está en mora de cumplir sus obligaciones a favor del señor Marco A. Pico, nacidas de un contrato de compraventa celebrado en esta ciudad el día quince de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete;

"2) Que, como consecuencia de la anterior declaración, el señor Manuel Neira M. debe entregar al señor Marco A. Pico, o a quien sus derechos represente, dos días después de que esté ejecutoriada la respectiva sentencia, la cantidad de dieciocho mil ochocientos sesenta y tres (18.863) kilos de hierro virgen, en lingotes para fundición.

En subsidio:

Que el señor Manuel Neira M. debe entregar al señor Marco A. Pico, o a quien sus derechos represente, dos días después de que esté ejecutoriada la sentencia respectiva, la cantidad de tres mil setecientos setenta y dos pesos con sesenta centavos (\$ 3.772.60) moneda corriente, como restitución del precio pagado por la mercancía que no ha sido entregada;

"3) Que el señor Manuel Neira M. debe pagar al señor Marco A. Pico, o a quien sus derechos represente, dos días después de que esté ejecutoriada la sentencia correspondiente, en cualquiera de los casos a que se refiere la declaración inmediatamente anterior, la cantidad de dos mil pesos moneda corriente, o la suma que se establezca en el juicio por medio de peritos, a título de indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato a que se ha hecho referencia; y

"4) Que el señor Manuel Neira M. debe pagar las costas del presente juicio".

El demandado contestó la demanda aceptando algunos hechos y negando otros, y oponiéndose a las declaraciones pedidas.

El Juez del conocimiento, Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga, desató la litis en fallo de 22 de enero de 1949, absolviendo "al demandado de todos los cargos que le fueron formulados en el libelo de demanda. Sin costas".

Apelada la resolución del Juez, por el demandante, ante el Tribunal Superior de Bucaraman-

ga, esta entidad la revocó y en su lugar dispuso hacer las declaraciones solicitadas en el libelo, y sin costas.

Como fundamentos principales del fallo del Tribunal se destacan los que han sido motivo de impugnación en el recurso de casación.

Dice el sentenciador que "es también regla general del contrato de compraventa mercantil la de que perfeccionado el contrato, el vendedor debe entregar las cosas vendidas, en el plazo y lugar convenidos", entrega o tradición que puede hacerse de varios modos.

Por entrega directa del comprador al vendedor de las mercaderías; por la expedición de éstas al domicilio del comprador o al lugar convenido, con ánimo de transferirle el dominio; por la transmisión del conocimiento, carta de porte o factura, durante el transporte de las mercaderías por mar o por tierra; y por los otros medios señalados en el C. de Co. que enumera la sentencia.

Que la entrega es la principal obligación del vendedor y "al cumplirla tal como se ha pactado y tal como se desprende de la naturaleza misma del contrato o de la costumbre comercial, el comprador adquiere el dominio de la mercadería". Razón por la cual el artículo 332 del C. de Co. establece que, "la pérdida, deterioro o disminución de la cosa después de perfeccionado el contrato, son de cuenta del comprador, salvo el caso de estipulación en contrario, o de que hayan ocurrido por fraude o culpa del vendedor, o por vicio interno de la cosa vendida y no entregada".

Agrega el Tribunal: "Esta estipulación en contrario bien puede ser convencional o legal, entendiéndose como de esta última clase la que se desprende indirectamente de acuerdos directos de las partes, como, por ejemplo, cuando las mercaderías deben ser entregadas al número, peso o medida. En este caso, la tradición que haya efectuado el vendedor queda condicionada a la verificación del peso, número o medida, o sea, que el derecho de dominio se suspende mientras la condición no se haya cumplido".

"Este contrato, por otra parte, debería tener cumplimiento en la población de Puerto Wilches, y según sus términos aceptados claramente por ambas partes, tenía como objeto una mercancía en viaje.

"En consecuencia de lo anterior, que no se presta a la menor duda, Neira debería entregar en Puerto Wilches los noventa y ocho mil setecientos setenta y tres kilos de hierro en lingotes para fundición, y Pico debería pagar en esta ciudad su

precio, a razón de veinte centavos el kilo, o sea la suma total de diez y nueve mil setecientos cincuenta y cuatro pesos con sesenta centavos.

"Este contrato fue celebrado el doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, y el quince de los mismos el vendedor Neira envió al comprador Pico, las remesas, conocimientos de embarque y demás documentos, con el objeto de que los revisara. A su vez, la mercancía negociada fue despachada de Puerto Wilches al señor Manuel Neira M. de Bucaramanga, el nueve de septiembre del mismo año, o sea tres días antes de celebrado el negocio, según consta en remesa férrea número 132544. Dicha mercancía fue recibida en Bucaramanga el diez de septiembre del mismo año por el señor R. Uribe P., como empleado de "Niño Pulido y Díaz, Ltda.", según consta en remesa número 52310, visible al folio 10 del cuaderno principal".

Esta circunstancia, es decir, el hecho de no encontrarse la mercancía que se suponía en viaje por ambos contratantes en el lugar en donde debía entregarse, dejaba sin efecto, por imposibilidad física, la cláusula sobre el lugar de entrega. Sin embargo de lo anterior, el comprador ejecutó actos de aquellos que suponen indubitavelmente la voluntad de aceptar la entrega en Bucaramanga, no sin cumplir sus compromisos derivados del lugar del recibo, ya que no otra cosa implica el hecho de haber pagado el valor del transporte de la mercancía de Puerto Wilches a Bucaramanga.

"En las anteriores condiciones, es de elemental lógica que por aquiescencia tácita de las partes y por sustracción de materia del lugar en que debería tener cumplimiento la entrega, el contrato tuvo una modificación que en nada afecta la naturaleza, efectos, obligaciones y condiciones del contrato: el lugar de entrega y de recibo".

"Colocado el negocio en las anteriores condiciones, corresponde averiguar si los contratantes cumplieron con las obligaciones naturales de la convención, esto es, si el comprador pagó el precio de la mercadería, de una parte, y si el vendedor hizo entrega de la cosa en las condiciones pactadas, de otra.

"No cabe la menor duda de que el comprador Pico cumplió con la suya, de pagar el precio, pues así lo acepta el vendedor Neira. La aceptación plena de haber el comprador pagado el precio, hecha por el vendedor, es cuestión que no está sujeta a controversia alguna, y de consiguiente, esta materia es extraña a la litis.

"Según lo ya visto, la principal obligación del vendedor es la de entregar la cosa vendida, y de entregarla al peso, es decir, que la tradición simbólica aceptada por el Legislador no lo libera por sí sola de su obligación de entregar, mientras no hubiera hecho la entrega en los términos pactados.

"No aparece de autos la prueba plena y evidente de que el vendedor haya cumplido con su obligación de entregar al peso. Es verdad que la mercancía fue entregada, o mejor quizá, depositada por orden del vendedor Neira, en las bodegas de 'Niño Pulido y Díaz, Ltda.', en las cuales tiene un depósito el comprador Pico. Pero esta entrega o depósito no implica necesariamente el cumplimiento de las obligaciones de entregar al peso, tal como lo acepta el mismo en las posiciones rendidas, en estos términos: 'Sí, señor, el negocio celebrado fue al peso...'. Además, el vendedor ni siquiera hace la afirmación enfática de haber entregado la mercancía, pues apenas manifiesta que 'recibí el valor total de la mercancía, y el señor Pico seguramente también recibió el total de la mercancía, porque todos los documentos no comprueban lo contrario'. La frase, por demás dubitativa, apenas insinúa una posible entrega, ya que no otra cosa quiere decir o significar el modismo 'seguramente', tan erróneamente empleado como sinónimo de posibilidad. Pero aun cuando el vendedor afirmara que había entregado, dándole una significación categórica a la respuesta del deponente, tampoco sería demostración del cumplimiento de sus obligaciones.

"Se ha sostenido igualmente que el hecho de haber entregado el conocimiento, las cartas de porte férreo, las pólizas de seguro y demás documentos, remitidos para su revisión, implica el cumplimiento cabal e íntegro de las obligaciones del vendedor. La alegación tendría exacto asidero si la venta no hubiera sido al peso, pues como se vio antes, en este caso, el dominio sobre las mercancías negociadas queda en suspenso hasta la verificación y entrega según el peso o número o la medida, y el deudor no queda exento de la obligación hasta tanto no efectúe la entrega conforme al convenio previo o estipulación pactada.

"Como conclusión de lo hasta aquí visto y aceptado se tiene:

"a) El contrato de compraventa mercantil se halla suficientemente demostrado por la aceptación de ambas partes, fué de que obran otras pruebas que lo demuestran a cabalidad;

"b) El comprador satisfizo su obligación de pagar el precio total de la mercancía negociada;

"c) El vendedor no ha demostrado la entrega total de la cosa vendida, ya que el traspaso de los documentos apenas se hizo con la manifiesta intención de que fueran revisados por el comprador, y la venta se hizo al peso;

"d) El comprador acepta la entrega parcial, por parte del vendedor, de setenta y nueve mil novecientos diez kilos, y como el contrato se celebró para la entrega al peso de noventa y ocho mil setecientos setenta y tres kilos de hierro para fundición, hay un faltante o porción a cargo del vendedor que deberá satisfacer en la forma prevista en el artículo 249, numeral tercero, o sea entregando al comprador el faltante de diez y ocho mil ochocientos setenta y tres kilos, o su equivalente en dinero, comprendido el daño emergente y el lucro cesante, o sea la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento imperfecto del contrato; y

"e) El precio estipulado por unidad de peso fue el de veinte centavos".

El recurso

El demandado recurrió en casación del fallo del Tribunal y sustanciado como está el recurso se procede a decidirlo.

"Acuso el fallo —dice el recurrente— proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 30 de septiembre del año próximo pasado por la causal primera de casación, reconocida en la ley. En efecto, el sentenciador incurrió en el quebrantamiento de sustantivos preceptos legales reguladores de la cuestión litigiosa, unos por falta de aplicación y errada interpretación, y otros por aplicación indebida.

La formulación concreta de los cargos por el recurrente es como sigue:

"A) En primer lugar la sentencia vulnera por falta de aplicación al caso del pleito los artículos 239, ordinal 1º, y 240 del C. de Comercio".

Ya en la parte que el recurrente denomina "una breve exposición de derecho", en la demanda de casación, precisó el concepto de la violación de la ley sustantiva por el sentenciador por este motivo, así: "El artículo 239 del C. de Co. dispone que la entrega de la cosa vendida entiéndese verificada también: 'Por la transmisión del conocimiento, carta de porte o factura, durante el transporte de las mercaderías por mar y tierra'. La traducción en la práctica de este simbolismo en-

señala el precepto siguiente del mismo estatuto, o sea el artículo 240, cuyo tenor es: 'Mientras el comprador no retire y traslade las mercaderías, el vendedor es responsable de su custodia y conservación a la ley de depósito'. El artículo 240 aclara el alcance y significado de las vías autorizadas por el artículo precedente para realizar la entrega de la mercancía vendida en tránsito.

"El caso del pleito encuadra plenamente en las regulaciones de los artículos 239, ordinal 1º, y 240 citados", los cuales fueron violados por falta de aplicación.

"B) Al mismo tiempo quebrantó el sentenciador indirectamente la ley sustantiva por causa de errores de derecho y de hecho; que son manifiestos a través de sus apreciaciones probatorias. Así al apoyarse en el conocido pasaje de la carta de 15 de septiembre de 1947, suscrita por Neira y aceptada por Pico, para restarle toda la plenitud de sus efectos legales concernientes a la entrega de la mercancía, incidió en error de hecho, evidente porque de ahí nada resulta que amengüe el valor de la tradición; y error de derecho, porque menospreció la fuerza probante que conlleva esa carta, en orden a demostrar el perfeccionamiento de la compraventa del hierro y la entrega simbólica. Además, puesto que el Tribunal no tuvo en cuenta las posiciones rendidas por Pico, y las declaraciones de Niño Pulido y Rafael Uribe, en los puntos pertinentes, que se dejaron mencionados en el numeral 8º del capítulo anterior, incurrió en otro error evidente de hecho y al mismo tiempo en error de derecho; el primero originado en que el fallador no vio que en tales pruebas está acreditado que el demandante por conducto de sus comisionados retiró la mercancía del ferrocarril; y el segundo proveniente de que omitió darle a esas pruebas todo el valor de plena prueba que en derecho les corresponde acerca del hecho de tener Niño Pulido y Cía., el carácter de comisionados de Marco A. Pico para efectuar el retiro de la mercancía. Tales errores condujeron derechamente al Tribunal a estimar que "el vendedor no ha demostrado la entrega total de la cosa vendida", convencido de que en el presente caso "al acreedor le basta afirmar que no ha sido satisfecho en sus derechos, para que arroje sobre el deudor la obligación de demostrar su cumplimiento". Tesis en la cual el Tribunal vulneró el principio probatorio contenido en el art. 1757 del C. C., que lo aplicó mal. En suma con los errores de hecho y de derecho anotados, y la aplicación indebida del art. 1757, quedaron viola-

dos en definitiva las disposiciones del C. de Comercio citadas en el aparte A), además de los artículos 232 y 249 del mismo estatuto que en la sentencia recurrida se invocan y aplican sin ser el caso”.

Se considera:

La existencia del contrato de compraventa y su naturaleza específica de acto de comercio no sólo son cuestiones no debatidas sino aceptadas por las partes, lo mismo que por los sentenciadores de instancia. El problema se reduce en casación, pues, a resolver si la entrega de la cosa vendida se efectuó con la transferencia que hizo al comprador, el vendedor, de los documentos o títulos que acreditan su propiedad y calidad de consignatario, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del art. 239 del C. de Comercio; y si el primero por omisión en el reconocimiento oportuno de los efectos vendidos, perdió los derechos que el mismo Código le concede para reclamar la falta de cantidad en el peso estipulado.

El contrato de compraventa comercial es susceptible de celebrarse puramente o bajo condición al contado o a plazos, y de otras estipulaciones o pactos autorizados por la ley. Pero, las peculiaridades con que este contrato suele presentarse en la vida práctica, no cuentan para los fines del recurso de casación que concretamente se estudia; en este caso, basta confrontar la sentencia acusada, teniendo como punto de reparo la respectiva demanda, con la ley sustantiva para evidenciar, si realmente, ésta ha sido quebrantada por aquélla.

En la naturaleza y en los efectos de la compraventa comercial, hay dos actos diversos: el del vendedor que se compromete a transferir la propiedad de la cosa y el del comprador que se obliga a adquirirla. Así perfeccionada la venta, el vendedor queda obligado a entregar al comprador la cosa vendida. ¿Pero dónde debe hacerse esta entrega; qué debe comprender y cuál la forma de su realización?

La entrega o tradición debe hacerse en el lugar convenido, y a falta de convención en el que se encuentre la cosa en el momento de la venta. Esta es una regla universal que restringe el derecho del comprador a impedir que el vendedor haga más difícil y dispendioso su recibo. Ella comprende la cosa vendida y sus accesorios, la integridad de los objetos que han sido materia del contrato, y el vendedor no cumpliría su obliga-

ción, efectuando una entrega parcial, salvo aceptación del comprador. Debe hacerse a éste, o a quien lo represente como mandatario especial, o como dependiente encargado del recibo, o al cesionario o endosatario de sus derechos. En cualquiera de esos casos la entrega surte sus efectos legales, excepción hecha de cuando median observación o protesta legalmente admisibles.

En materia comercial, la entrega puede ser real o simbólica. La primera opera por la simple entrega material de la cosa vendida; la segunda, por la ejecución de actos por el vendedor que sitúan al comprador en condiciones de tomarla o disponer lícitamente de ella. El Código de Comercio ha precisado en los numerales 1º, 2º y 3º del art. 239, los casos en que tiene lugar e se entiende verificada la entrega simbólica. El primero de ellos tiene que ver directamente con el caso de autos, dada la circunstancia de que la entrega de los efectos vendidos fue verificada por el vendedor al comprador, por medio de la transmisión de los documentos o títulos representativos de las mercaderías, consistentes en la carta de porte o factura, el conocimiento de embarque y otros complementarios de éstos.

De estos documentos, la factura en el sentido de la ley, es la “nota-relación” de las mercaderías que el vendedor expide al comprador expresando su cantidad, y que por lo general, contiene: la fecha de la remesa; el nombre del remitente y el de a quién se remite; la cantidad, calidad, peso, número y medida de los efectos; el precio convenido o la forma de determinarlo; tiempo y lugar de pago y la firma del vendedor.

Éste escrito, puede decirse que no es el documento constitutivo del contrato, propiamente dicho, él presupone la existencia de éste, no es sino el arreglo de cuenta, que aceptado por el comprador, produce efectos probatorios en el juicio. La factura puede afirmarse, que toma el contrato en la situación jurídica en que lo encuentra y le imprime una forma especial. De aquí, que cuando la tradición de los efectos no se ha verificado, la entrega no exista y la factura no puede operarla o significarla por sí misma.

Desde este aspecto, la factura no debía producir otros efectos legales que los de respaldar la acción del comprador para exigir la efectividad de la venta o el resarcimiento de los perjuicios. Sin embargo, nuestro Código de Comercio en el citado artículo 239 —numeral 1º— identificándola con la carta de porte, le otorga a su transmisión toda la trascendencia de una tradición o en-

trega virtual de los efectos relacionados en ella. En efecto, allí se habla en los preceptos que regulan el alcance, jurídico del conocimiento de embarque y de la carta de porte o factura, como elementos que, además de constituir la prueba del contrato de transporte, importan títulos representativos de mercaderías en tránsito, susceptibles de endoso o cesión, y como que, este acto implica legalmente la subrogación del endosatario o cesionario en las obligaciones y derechos del endosante, explicándose así, los efectos que la ley le hace producir a la factura en aquel sentido.

Endosados o cedidos la carta de porte o factura, o el conocimiento y los documentos complementarios, —por la entrega de los papeles constitutivos del título, endoso en blanco—, o extendidos directamente al comprador, el vendedor ha hecho en realidad la entrega o tradición de las mercaderías vendidas, en cuanto la de los títulos, importa o “crea la posibilidad física” de tomarlas materialmente y la de poder disponer de ellas, en forma lícita por el comprador. Pero, como éste puede protestar de esa entrega, por causas justificadas, la ley establece como condición necesaria para que el endoso o cesión produzca todos sus efectos, que aquél la haya consentido, tácitamente, cuando menos. Esto, porque el hecho principal de esa tradición no es la tenencia material de la cosa, según el pensamiento de la ley, sino “aquella posibilidad física” de tomarla y la facultad de poder disponer lícitamente de ella. De aquí, que donde esa posibilidad exista, cualquiera que sea el hecho o circunstancia de los especificados en el artículo 239 del C. de Comercio, que le dé nacimiento, está verificada la transmisión del derecho en favor del adquirente, porque los diversos actos de tradición simbólica allí indicados, producen la virtual entrega de la cosa vendida, poniéndola, por este medio, a disposición del comprador, y con tal que éste lo acepte expresa o tácitamente, como cuando hace uso de los títulos entregados o transferidos para los fines de recibirla.

Estos principios generales, que se encuentran recogidos en el Código de Comercio, como disposiciones positivas, aplicados al caso de autos, demuestran que es inútil el empeño del Tribunal de Bucaramanga, por desconocer a la transferencia, transmisión o entrega de los documentos constitutivos de los títulos de la carta de porte férreo, liberación bancaria y póliza de seguro, la importancia legal que tal acto significa, como es la situación “de posibilidad física” en que el ven-

dedor Neira colocó al comprador Pico, para tomar la tenencia material del hierro vendido y disponer de parte de él lícitamente, como en efecto lo hizo: acto que según el art. 239 —numeral 1º— produjo la verdadera, la virtual entrega de esos efectos, poniéndolos a su disposición, más cuando había aceptado esa transferencia de los títulos, que con su entrega le había hecho al vendedor, y que con su exhibición ante el transportador alcanzó el recibo del hierro en referencia.

Disposición que fue quebrantada por no haberla tenido en cuenta el Tribunal y dejarla de aplicar, debiéndolo hacer al caso del pleito; e indirectamente, al darle preponderancia probatoria a la carta de 15 de septiembre de 1945, que habla de revisión, sobre los documentos referidos, y respecto al perfeccionamiento de la compraventa comercial y a la determinación de la fecha de entrega al comprador por el vendedor del hierro vendido, error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, que lo indujeron al quebrantamiento del artículo 239 —numeral 1º— del C. de Comercio, tal como lo anota el recurrente.

En tal virtud, son fundados los cargos estudiados y hábiles para producir la casación del fallo recurrido.

A las anteriores consideraciones, y como motivación de la sentencia de instancia que corresponde dictar a la Sala, se aunan estas otras.

El contrato comercial materia del litigio, fue celebrado el 12 de septiembre de 1947, confirmado por carta del vendedor Neira al comprador Pico, fechada el 15 del mismo mes y año. De esta carta devolvió el comprador una copia con su firma al vendedor, en señal de asentimiento y como constancia de haber recibido los documentos adjuntos, consistentes en los títulos de la carta de porte férreo de Puerto Wilches a Bucaramanga, lugar de destino de la mercadería vendida; la liberación bancaria o autorización del Banco con facultad de retención, para que el hierro vendido por el consignatario y vendedor pudiera ser entregado al comprador, y la póliza de seguro de transporte. La entrega de estos documentos, en la forma anotada, importa un endoso de esos títulos, aceptado por el último, con la devolución de la copia firmada de la carta remisoría, y además, con el uso que hizo de ellos en el proceso de entrega y recibo del hierro vendido; acto que tiene virtud legal de subrogar al endosatario en los derechos y obligaciones del endosante consignatario.

El vendedor Neira, pues, hizo entrega verdadera, virtual del hierro vendido al comprador Pico.

Ella quedó legalmente consumada con la de los títulos representativos de los efectos, por una parte, y por otra, con la material efectuada por el transportador, al exhibir el comprador los títulos endosados por el consignatario vendedor.

Pero fuera de la obligación de la entrega de la cosa vendida, tiene el vendedor el compromiso de garantizar al comprador la propiedad de ella, con las condiciones y calidades estipuladas, o las que correspondan a su naturaleza peculiar, o propia, a falta de pacto al respecto. Estas obligaciones corresponden a las garantías por la evicción y por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida.

La primera de las garantías aludidas, no tiene incidencia en el presente litigio, por tratarse de un reclamo sobre faltas en la cantidad estipulada, peso. No así, la segunda, por haberla extendido la legislación comercial positiva a los defectos, o faltas en la cantidad o de calidad, que sin tener las características de los ocultos, se hallan comprendidos dentro de los extremos del art. 251 del C. de Comercio.

Los defectos pueden ser de dos clases: aparentes, o sea, susceptibles de ser descubiertos en el primer examen que de ellos se haga, y ocultos, que por lo general, no se ponen de manifiesto en forma inmediata, en el primer examen, por cuanto suelen residir en la naturaleza íntima de la cosa, en su organismo o estructura. A veces se hallan en potencia y se revelan después de una, más o menos, prolongada actividad o uso del objeto, y aún así, es necesario recurrir en muchos casos a los conocimientos técnicos.

Los códigos Civil y de Comercio, contemplan la clasificación que se dejó anotada, para los efectos de regular los derechos inherentes al comprador en cada caso, y los requisitos que deben concurrir para el ejercicio de los mismos, así como en el de las acciones conducentes para protegerlos.

Según el Código de Comercio, en principio el vendedor responde de los vicios aparentes que tienen los efectos vendidos, antes, durante y aún después de la adquisición con posterioridad a su tradición efectiva al comprador, hasta tres días inmediatos a la entrega —art. 251— y concede un plazo más dilatado para los ocultos, y la reclamación ha de hacerse en un plazo razonable, sin exceder de seis meses —art. 246—. El Código fija esos términos atendiendo a los casos y circunstancias que se presentan, y sobre todo, a la de la rapidez que caracteriza a las operaciones comerciales. Así cuando el comprador no puede descubrir la falta de cantidad o el defecto de ca-

lidad en el momento de recibir la mercadería, por la imposibilidad de verificar su peso inmediatamente o de notar el defecto de calidad, podrá reclamar dentro de los tres días inmediatos al de la entrega, justificando en todo caso, los extremos indicados en el citado artículo 251.

El Código de Comercio no prevé sino los casos en que las mercaderías son entregadas bajo cubierta o fardos, o si entregados libres de éstos, necesitan la verificación de su peso, medida, cantidad, etc., o sea de modo que puedan examinarse inmediatamente, y el comprador debe, para poder accionar ulteriormente, reclamar esas faltas de cantidad, peso, medida, o mermas también en forma inmediata dentro del término para tal objeto señalado.

La fijación de aquel término, por la ley, en realidad no es una obligación perentoria para el comprador, pero si éste intenta las acciones que nacen del reclamo, con base en esos hechos, debe hacerlo dentro de ese término, en otra forma corre el peligro o riesgo de una denegación, como consecuencia de la presunción que emerge o fluye del silencio observado —art. 250 del C. de Comercio— y que determina la “preclusión” del derecho reclamado. Esto porque la ley supone que el comprador examina la mercadería con cierto detenimiento, y que si así no procediere, por descuido, negligencia, etc., sus efectos no son otros, que los riesgos corren por su cuenta; o sea que se expone a que los defectos que señale fuera del término reglamentario, sean estimados como no hechos o indicados, por expiración del plazo, fijado para el reclamo de los vicios o faltas de cada género. El problema a resolver en estos casos, se reduce en la práctica con la determinación del carácter del vicio o falta alegado; es una situación de hecho que queda comprendida dentro de las reglas generales fijadas por la ley para distinguir la variedad de casos que son de frecuente ocurrencia.

La garantía por los vicios ocultos o defectos de la cosa vendida, origina dos acciones por parte del comprador: la que tiene por objeto la devolución de la cosa, y consecuentemente, la restitución del precio pagado; y la denominada “*quantum minoris*”, y que se dirige a reclamar el resto de la cosa dejada de entregar, o a reclamar la parte de precio que vale menos esa cosa, por el vicio, tacha, defecto, o por la falta de cantidad encontrada después de la entrega. La última acción es la que se ventila en el presente juicio,

invocando como principal, la petición de entrega de la cantidad faltante de hierro, y subsidiariamente, la devolución de la parte de precio que vale menos la cosa.

En el expediente está demostrado: que la entrega del hierro vendido por Neira a Pico, fue verificada por medio de la transferencia de los documentos o títulos respectivos, a mediados del mes de septiembre de 1947, al encargado especial de recibirlo, quien dejó en el comprobante que firmó, la constancia de hacerlo sin verificar su peso, sin explicación alguna sobre esa omisión. Pasados algunos días después de aquel hecho, en todo caso, un lapso mayor de tres días, según las afirmaciones de quienes efectuaron el "repecho"—a fines de 1947— que concuerdan con la orden de entrega de 18 de diciembre de ese mismo año—cuaderno de prueba N° 5 y principal fl. 20, respectivamente— el comprador reclamó un posible faltante en la cantidad determinada en el contrato —menos peso—, pero sin acreditar que el reclamo se hizo dentro del término fijado por la ley, tres días inmediatos al de la entrega, por tratarse de un defecto o falta aparente; ni el dolo del vendedor en el sentido de que el faltante que alega en el peso, fue conocido por él y culposamente disimulado, situación que al tenor del artículo 251 del C. de Comercio, le hace perder los derechos que tal disposición le concede, en el caso de haberse producido tal evento.

“En la doctrina del derecho comercial —ha dicho la Corte— no se considera obligación por parte del comprador la de examinar las mercaderías que le son entregadas en fardo o bajo cubierta, o al peso, o medida, y de noticiar de ello al vendedor en tiempo oportuno, pero sí es una condición

necesaria a la conservación de sus derechos. La falta de reconocimiento o la demora en la noticia de su estado tiene como consecuencia la de que el comprador pierda las acciones que al respecto le concede el Código de Comercio”.

Y esto tiene que ser así, desde el momento que, el término de tres días cuando se trata de faltas de cantidad en el peso o la medida, etc., es fatal para el comprador, por el hecho de que la verificación o examen de esas condiciones debe hacerse en el momento del recibo de los efectos, por no hallarse las faltas que ellas implican, ni siquiera en la línea divisoria entre lo oculto y lo aparente. Se trata, sencillamente, de la situación de vicios o defectos aparentes, que si no significan que deban saltar a la vista en el momento del recibo de la mercadería, por poco que se observe, por los menos, basta su simple verificación para que se hagan notorios.

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 treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este juicio, y confirma la de veintidos de enero del mismo año, originaria del Juzgado 3° Civil del Circuito de aquel lugar.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas.
Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas.
Hernando Lizarralde, Secretario.**

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE — EL DEMANDANTE EN ESTA ACCION SOLO DEBE PROBAR SU DERECHO SOBRE EL PREDIO — A LA CONTRAPARTE ES A QUIEN CORRESPONDE DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE LA SERVIDUMBRE—MEDIOS NUEVOS EN CASACION.—LA ACUSACION POR ERRONEA INTERPRETACION DE UN CONTRATO, DEBE HACERSE EN CASACION POR ERROR DE HECHO — EL JUZGADOR NO QUEDA VINCULADO POR EL SEGUNDO DICTAMEN PERICIAL, CUANDO SE PRACTIQUE UN PERITAZGO EN CADA INSTANCIA Y AMBOS SEAN IGUALMENTE FUNDAMENTADOS Y EXPLICADOS, SINO QUE PUEDE ESCOGER ENTRE LOS DOS O TAMBIEN DESECHARLOS AMBOS—NULIDAD POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA ADJETIVA. — QUIEN PUEDE SOLICITAR SU DECLARACION O PROPONERLA COMO EXCEPCION.—
PERJUICIOS CIVILES.

1—En innumerables sentencias, ha dicho la Corte que no son admisibles en casación las acusaciones de la sentencia fundadas en hechos que no fueron materia del debate en las instancias del juicio. Los llamados medios nuevos no son admisibles en este recurso. Ante la Corte, en casación, no se pueden traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate en instancia.

2—Las servidumbres, que son una limitación del dominio (art. 793 numeral 3º, del C. C.), son un gravamen impuesto a un predio, a favor de otro de distinto dueño (arts. 879 y siguientes *ibidem*), son naturales, legales y voluntarias. Una servidumbre es, pues, una carga impuesta sobre una heredad para el uso y provecho de otra heredad, perteneciendo cada inmueble a diversa persona. Esto indica de modo claro, que la servidumbre no es aplicable más que a los bienes raíces, y que su existencia requiere inmuebles distintos, pertenecientes también a dueños distintos.

Estas limitaciones del derecho de dominio originan a veces conflictos, dificultades o controversias entre los interesados, ya porque uno de ellos pretenda que su predio goza o deba gozar de determinada servidumbre sobre otro cuyo dueño se opone a dicha pretensión y la impide o estorba; ya porque el propietario del predio sirviente quiere librarse de ella; ya porque estando conformes los dos en la existencia y la legitimidad, en principio, de la servidumbre de que se trata, hay desacuerdo en la extensión de la misma, modo o forma de ejercerla, etc.;

o se considere necesario, posible y sin inconveniente variarla, como por ejemplo, cambio de la zona afectada con motivo de una edificación.

En el primer caso, hay una acción llamada por la doctrina ACCION CONFESORIA, para imponer la servidumbre, o mejor dicho, para que se reconozca su legitimidad y se permita y asegure su ejercicio, en beneficio del predio dominante. En el segundo, el dueño del fundo sirviente tiene una acción denominada por la doctrina ACCION NEGATORIA, para extinguir, para terminar la servidumbre que está sufriendo, o mejor dicho, para que se declare que el predio no está obligado a soportar tal gravamen. En el tercer caso, cualquiera de los interesados, por el predio dominante, o por el sirviente, tiene acción para que por la justicia se normalice con precisión el modo o forma apropiado legalmente de ejercerla, o para que se varíe o se cambie, si de eso se trata.

De estas acciones, al tenor de los artículos 872 a 876 del C. J., las dos primeras se ventilan por la vía especial señalada allí, y la segunda, la acción negatoria, por interpretación jurisprudencial, por la vía ordinaria.

El propietario que pretende que su inmueble se halle libre de servidumbre, es decir, quien para ello ejercite la acción negatoria correspondiente, para vencer le basta demostrar su derecho de propiedad; a su adversario le corresponde probar la existencia de esa servidumbre, dada o supuesta la

presunción de exención de gravámenes en favor de todos los predios.

3—La interpretación de un contrato es una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probablemente establecidos en el juicio, de tal manera que no es posible desestimarla por la Corte, sino al través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho, que ponga de manifiesto, incuestionablemente, una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes.

4—A los litigantes, ha dicho la Corte, les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (art. 718 del C. J.), pero en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor, el juzgador no queda legalmente obligado a decidirse por el último practicado, por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él, aún en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley, para escoger entre los dos, el que a su juicio resulte verdadera y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos, si llega a estimar que carecen de debida fundamentación. (G. J., Tomo LXVI, pág. 372).

5—El derecho de accionar o de excepcionar, con base en la nulidad del juicio por ilegitimidad de la personería, no corresponde a cualquiera de las partes, sino privativamente a la mal representada. Es el interesado mismo quien puede alegar la falta de representación, no su contraparte, ni siquiera su litis consorte. Así lo ha dicho la Corte, en repetidos fallos.

Lo relativo a personería adjetiva circunscribe el interés indispensable para alegar nulidades, o siquiera irregularidades "en la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio".

6—Para que un perjuicio origine la responsabilidad, es necesario que presente esta característica fundamental: que sea CIERTO, en el sentido de que tenga su existencia demostrada, de que signifique un daño concreto, preciso y respecto del cual no se presente al juzgador duda alguna en el futuro.

Ha dicho la Corte: "En juicio no es dable

mandar indemnizar sino aquellos daños precisos y concretos que se demuestren. La indemnización es un derecho. Emana, por ende, de hechos palpables. Donde los hechos no están acreditados por sus circunstancias reales y tangibles, no hay modo de sacar conclusiones prácticas, debido a que el campo procesal repudia el criterio meramente conjetural, aun cuando la hipótesis sea en realidad de acaecimiento probable, pero difícil su demostración. (Sentencia de 3 de noviembre de 1943, G. J. ns. 2004 a 2009, pág. 284).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo treinta y uno de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Por libelo presentado ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, por medio de apoderado, el doctor Mario Tomás Mosquera demandada a la "Empresa Municipal de Energía Eléctrica S. A.", para que con su audiencia se declare que la referida sociedad no tiene derecho a establecer el gravamen consistente en una acequia de desagüe, que partiendo del canal principal de provisión de agua de la planta de energía eléctrica, desemboca en Riógrande, en el potrero denominado San Carlos, que hace parte de la hacienda de "Coconuco", inmueble ubicado en el Municipio de Puracé, Departamento del Cauca, de propiedad del demandante y comprendido por los linderos que allí se demarcan, y para que la misma entidad demandada suprima dentro de tres días, totalmente, la acequia o desagüe, quitando la compuerta que allí existe, y en su lugar construya un muro para encauzar simplemente las aguas por el canal principal. Demanda también el pago de perjuicios ocasionados y las costas del juicio.

Entre los hechos menciona, además de la constitución legal de la sociedad demandada, el de que sus antecesores en el dominio, por medio de la escritura pública número 643 de 23 de julio de 1927, de la Notaría Segunda del Circuito de Popayán, vendieron a la Compañía citada la zona de terreno necesaria para el montaje de una planta hidroeléctrica en los potreros de San Carlos y Santa Catalina, de la hacienda de "Co-

conuco" y además, concedieron a la Compañía el derecho de tomar el agua del Ríogrande, que fuera necesaria para la planta hidroeléctrica, que se proponía la empresa montar; que posteriormente, por la escritura número 90 de 26 de agosto de 1928, los mismos primitivos vendedores y la sociedad dicha, aclararon el contenido de la escritura número 643, en el sentido de determinar y concretar la situación, extensión y demás condiciones de las zonas cuyo dominio habían transmitido por el memorado instrumento.

Que por escritura 493 de agosto de 1941, el demandante adquirió el dominio del predio de "Cococonuco", comprendiendo las dependencias y derechos; que dentro de su predio, la empresa de energía eléctrica, desde hace unos cinco años, estableció una acequia de escape de agua del canal principal, con su respectiva compuerta de hierro, canal que desemboca en una zanja que conduce a Ríogrande, en una extensión de cien metros aproximadamente; que la fuerza del agua que discurre por el canal, ha ocasionado grandes desmoronamientos en las paredes de la zanja, profundizando su cauce, produciendo en tal forma un grave peligro para los animales que pastan en la finca y facilitando así los deslizamientos de tierra en el predio. Que la empresa carece de derecho para imponer tal gravamen a su propiedad, por lo cual debe suprimirse e indemnizar los perjuicios que se le han ocasionado.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado del conocimiento pronunció fallo con fecha treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, en el cual declara que la entidad demandada carece de derecho para establecer el gravamen de la acequia de desagüe en el predio del demandante y, en consecuencia, condena a la Compañía a cegararlo dentro del término de tres días, debiendo quitar la compuerta allí establecida; ordena pagar los perjuicios ocasionados al dueño del predio, según estimación de peritos, en la suma de cuatro mil setecientos setenta y cinco pesos (\$ 4.775.00), y absuelve en cuanto a costas.

La sentencia recurrida

En desacuerdo con la providencia de primer grado, la Empresa Eléctrica apeló para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Po-

payán, donde al final de la actuación correspondiente, se pronunció sentencia, en que se confirma la del inferior, modificando simplemente lo relativo a la supresión de la compuerta que da acceso a las aguas del canal para precipitarse por la acequia de desagüe, por considerar que tal compuerta está construida dentro de la faja de terreno de propiedad de la sociedad. En su lugar, dispone el Tribunal, que se clausure con un muro en forma debida, la salida de las aguas.

Encuentra el sentenciador, que la compañía demandada es dueña de los predios o zonas de terreno adquiridas por las escrituras números 643 y 90, necesarias para el montaje de la planta, la acequia de conducción y la vía de acceso allí, y que don Mario Tomás lo es de los terrenos que las delimitan, por pertenecer a su finca de "Cococonuco".

En cuanto al terreno ocupado por la acequia del desagüe de que se querella el actor, el Tribunal observa que en la escritura 643 de 1927, se dijo por los vendedores que: "La extensión de la zona cuyo dominio transmitimos a dicha compañía, será la que resulte del respectivo plano y comprende toda la faja de terreno que debe ocupar la acequia o acueducto, los tanques, los edificios y los demás accesorios". Que más tarde, en la escritura número 90, ya sobre la base de los planos confeccionados, se "especificó y concretó", vocablos éstos allí empleados, las zonas vendidas, dando en cada caso la superficie exacta, y como si ello no fuera suficiente, agregaron los tradentes: "En consecuencia de las estipulaciones de esta escritura los otorgantes transmiten definitivamente el dominio y posesión de las zonas descritas". Dice el juzgador, que si se leen con detención los referidos instrumentos, se llega a la conclusión de que allí no se incluyó la zona de tierra que posteriormente tomó la compañía para hacer una obra no comprendida en los planos. Que éstos no mencionan el cauce para la acequia en cuestión, y que por ello no pudo ser contemplada "como una necesidad futura de la planta que se iba a montar". De ahí, que en la escritura número 90, se expresara: "Declaramos que dichas porciones o fajas de terreno, en los predios de La Curtiembre y San Carlos de nuestra propiedad, son los indispensables para el buen servicio de dicha empresa; y constan en el correspondiente plano levantado al efecto por los linderos de la planta, a saber": (en seguida se detallan las zonas enajenadas).

Al examinar la necesidad y conveniencia del

desaguadero, el Tribunal halla que los peritos, por mayoría de votos, conceptúan que, no sólo no es conveniente para beneficio de la empresa, sino que en un futuro podría ser perjudicial por los derrumbes que estaba produciendo, que podrían llegar a ocasionarlos también en el propio canal de conducción de las aguas de la planta.

En cuanto a los perjuicios demandados, encuentra que por mayoría, los peritos opinan que la compuerta y la acequia que originaron la presente litis, habían irrogado perjuicios al demandante, consistentes en deslizamientos de terrenos a consecuencia de la erosión causada por la violenta salida de las aguas; aislamiento e inutilización de una parte del potrero de San Carlos, debido a la imposibilidad de conservar un puente en la acequia, pérdida de productos de ganadería, perjuicios que hechos los respectivos cálculos, se estimaron en cuatro mil setecientos setenta y cinco pesos (\$ 4.775.00).

Manifiesta, por último, el sentenciador, que según se deduce de la inspección ocular practicada en el terreno de la litis, la compuerta que permite la salida de las aguas al predio del actor, está dentro de la zona adquirida por la empresa, por lo cual, aun cuando es innecesaria, debe respetársela.

Termina confirmando la sentencia apelada, con excepción de la parte que ordena quitar la compuerta que existe actualmente, condenando a la sociedad, simplemente, a suprimir el derrame de las aguas, debiéndose construir las obras que exija la técnica.

En desacuerdo con el anterior proveído, la entidad demandada ocurrió en casación.

Las causales alegadas

Primer cargo. Con fundamento en el numeral 19 del artículo 520 del C. J., acusa la sentencia el recurrente, por violación de los artículos 879, 888, 740, 669, 673, 1849, 1518, 1565, 1626, 870, 1602, 15 y 16 del Código Civil, a consecuencia de errores de hecho evidentes, y de derecho, en la apreciación de las escrituras números 643 y 90 de 1927 y 1928, respectivamente, de la Notaría Segunda de Popayán.

Para sustentar el reparo, hace el apoderado del recurrente, un interesante estudio sobre los requisitos esenciales que configuran el contrato de compraventa, para llegar a la conclusión de que, en los celebrados por los señores Mosquera y Caidado con los directores de la empresa de luz de

Popayán, no se efectuó en realidad, un contrato de tal naturaleza, pues no se estipuló precio en dinero, ni hubo tradición de una cosa determinada, sino que los referidos instrumentos públicos contemplan la concesión de ciertos derechos de superficie y otros de uso (lo relativo a la facultad de tomar arena, cascote y maderas dentro del predio), en favor de una persona jurídica: la sociedad demandada, como aporte a ella en pago de veintidos acciones suscritas, según aparece de la escritura de constitución de dicha sociedad, recibidas ya para la fecha del otorgamiento de las escrituras 643 y 90; y que al proceder como lo hizo, incurrió el Tribunal en evidentes errores de hecho y de derecho en la apreciación de tales escrituras, que lo llevaron a violar el artículo 1849 del C. C., por cuanto el acto llamado compraventa, no lo es, y de paso se violaron los artículos 1518 y 1565 de la misma obra, al sostener erradamente que en los dichos actos existe una cosa "determinada" que se vende, y el artículo 1626, al desconocer que la transferencia de los derechos de superficie y uso, lo fue **en pago** de la obligación anterior, contenida en la cláusula 64 de la escritura 585 de 8 de julio de 1927, y como aporte a la sociedad demandada, quebrantando igualmente, el artículo 2079 del C. C. y el artículo 493 del Código de Comercio. Que igualmente violó el artículo 870 del C. C., al desconocer el derecho de uso limitado de ciertos materiales del inmueble de "Coconuco".

Insiste sobre la violación de los artículos 669, 673 y 740 del mismo Código, al interpretar las citadas escrituras 643 y 90, por haber considerado el sentenciador que mediante ellas, se hizo la sociedad demandada dueña de las zonas de terreno sobre las cuales está construida la planta, la acequia y demás dependencias de la Empresa de Luz y Energía, siendo así que se trata de la constitución de unos derechos de superficie y de uso, que requieren —por ser reales y versar sobre un inmueble— del requisito de la escritura pública y de su inscripción en el registro.

Y finalmente dice, que como resultado de todo lo dicho y de los errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que menciona, el Tribunal violó los artículos 879 y 888 del C. C. y el artículo 669 del mismo Código, por cuanto partiendo del errado concepto de la existencia de "un predio dominante" y de un "predio sirviente", pertenecientes a distintos dueños, admitió la procedencia de la **acción negatoria de servidumbre**

iniciada por el demandante, siendo así que faltan sus postulados esenciales.

Se considera:

En la escritura número 643 de 1927, otorgada por don José Bolívar Mosquera y Josefina Caicedo, por una parte, y la Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A. de la ciudad de Popayán, se hizo constar: "En cumplimiento de lo estipulado en la cláusula 64 de la escritura social de la compañía anónima denominada Empresa Municipal de Energía Eléctrica, otorgada en esta ciudad el ocho de julio en curso, bajo el número 585, ante el Notario 2º de este Circuito, señor Manuel J. Velasco, por la presente escritura damos en venta real y pública a la ya expresada sociedad, Empresa Municipal de Energía Eléctrica, la zona de terreno necesaria para el montaje de una planta hidroeléctrica en los predios o potreros denominados San Carlos y Santa Catalina, de nuestra exclusiva propiedad", etc.

"Esta venta y la constitución de los ya expresados derechos la efectuamos por la cantidad de veintidós mil pesos (\$ 22.000) que tenemos recibidos en veintidós acciones de mil pesos cada una en la expresada Compañía, Empresa Municipal de Energía Eléctrica, como consta en la cláusula 64 de la escritura social de que se ha hecho mérito, y con las obligaciones y derechos allí consignados".

Más adelante, en el mencionado instrumento, se dice: "Para mayor claridad se hace constar que el socio José Bolívar Mosquera, mediante el otorgamiento de esta escritura, ha aportado todo lo que le corresponde como valor de las veintidós acciones que le pertenecen en la Empresa Municipal de Energía Eléctrica y que en consecuencia, no queda dicho socio obligado a contribuir con cantidad alguna para el empréstito que la compañía debe hacerle al Municipio de Popayán, según la escritura social".

En el hecho segundo de la demanda, dice don Mario Tomás, que por escritura número 643 de 1927, sus antecesores en el dominio del predio de "Coconuco", dieron en venta a la empresa de energía la zona de terreno necesaria para el montaje de una planta hidroeléctrica, aclarada por la escritura número 90, "en el sentido de especificar y concretar la extensión de las zonas cuyo dominio habían transmitido por la escritura número 643, ya citada, en la forma siguiente:" (a continuación se delimitan y circunscriben las zonas y se establecen sus respectivas medidas).

Contesta la demanda el representante de la

Compañía y refiriéndose al hecho segundo, dice que lo acepta, con la adición de que por la escritura número 643 de julio de 1927, "no sólo se vendió la zona, sino que también se concedieron otros derechos a la Empresa Municipal"; adelante, respecto de la escritura número 90, también expresa aceptar el hecho tercero, añadiendo que, por ella, no sólo se aclaró, sino que se amplió el contrato contenido en la escritura 643.

Como se deduce de la simple lectura de la demanda y de su contestación, las partes estuvieron acordes desde la primera instancia, en que los antecesores en el dominio del predio de "Coconuco" transmitieron su derecho de dominio a la entidad demandada, sobre determinadas zonas de terreno, y sólo disientan en cuanto a si la zona tomada para el nuevo servicio, estaba o no, comprendida en los accesorios "necesarios y convenientes" para el beneficio de la planta, cosa que niega el demandante.

En innumerables sentencias, ha dicho la Sala, que no son admisibles en casación las acusaciones de la sentencia, fundadas en hechos que no fueron materia del debate en las instancias del juicio, como serían los alegados en el cargo que se estudia. Los llamados medios nuevos, no son admisibles en este recurso. Ante la Corte, en casación, no se pueden traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate en instancia.

Las partes en este proceso, han estado de acuerdo en cuanto a la adquisición de ciertas zonas de terreno para el montaje de la planta, y sólo disientan en lo referente a la extensión de sus derechos.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo segundo.—Causal primera, artículo 520 del C. J., inciso 1º.

Acusa el recurrente por violación de los artículos 669, 879 y 886 del Código Civil, por error evidente de hecho en la estimación de la diligencia de inspección ocular practicada en el pleito.

Sostiene que en los juicios sobre acción negativa de servidumbre, es necesario establecer o demostrar la existencia de un gravamen de hecho en el predio del demandante. Que para evidenciar la anotada circunstancia, se requiere traer al proceso las pruebas requeridas, que demuestren: a) la existencia de los dos predios, distinguiéndolos y determinándolos por sus linderos, especialmente en el lugar del gravamen; b) que el dicho gravamen, está constituido sobre el predio sirviente, esto es, que está comprendido den-

tro de los linderos de éste, y c) el beneficio que el predio dominante recibe de la servidumbre.

Dice que en la inspección ocular practicada al efecto por el Juez, se omitió la identificación de los dos inmuebles, esto tanto más necesario, cuanto que el predio que se dice dominante, consta en zonas o fajas incrustadas dentro del llamado predio sirviente, sin ubicación clara y precisa en los títulos, sin que aparezca un plano que permita determinar los linderos de uno y otro. Sólo identificando ambos predios, es posible saber si la obra que determina el gravamen, está en el predio sirviente y constituye la servidumbre que el dueño de éste rechaza.

Que en el acta de la referida inspección ocular, no consta que la compuerta al través de la cual desembocan en la zanja que viene de la parte alta del potrero de San Carlos, las aguas de la acequia o acueducto de la Empresa de Energía Eléctrica, esté ubicada en el predio del demandante. Observa que el propio Tribunal anotó que la compuerta se encuentra colocada dentro de la zona de terreno adquirida por la Empresa de Energía para la construcción del canal de los dos mil trescientos veintisiete metros (mts. 2.327) por diez (10) de ancho.

Que constituye un error evidentísimo de hecho, aseverar que en los autos está demostrado el gravamen impuesto sobre el predio sirviente, en favor del dominante, error que llevó al Tribunal a violar los artículos citados, "al aceptar la procedencia de la acción negatoria intentada por el demandado".

Se considera:

Las servidumbres, que son una limitación del dominio (artículo 793, numeral 3º, del C. C.), son un gravamen impuesto a un predio, a favor de otro de distinto dueño (artículos 879 y siguientes ibidem), son naturales, legales y voluntarias. Una servidumbre es, pues, una carga impuesta sobre una heredad para el uso y provecho de otra heredad, perteneciendo cada inmueble a diversa persona. Esto indica de modo claro, que la servidumbre no es aplicable más que a los bienes raíces, y que su existencia requiere inmuebles distintos, pertenecientes también a dueños distintos.

Estas limitaciones del derecho de dominio originan a veces conflictos, dificultades o controversias entre los interesados, ya porque uno de ellos pretenda que su predio goza o deba gozar de determinada servidumbre sobre otro cuyo dueño se opone a dicha pretensión y la impide o estorba;

ya porque el propietario del predio sirviente quiere librarse de ella; ya porque estando conformes los dos en la existencia y legitimidad, en principio, de la servidumbre de que se trata, hay desacuerdo en la extensión de la misma, modo o forma de ejercerla, etc.; o se considere necesario, posible y sin inconveniente variarla, como por ejemplo, cambio de la zona afectada con motivo de una edificación.

En el primer caso, hay una acción llamada por la doctrina **acción confesoria**, para imponer la servidumbre, o mejor dicho, para que se reconozca su legitimidad y se permita y asegure su ejercicio, en beneficio del predio dominante. En el segundo, y es el contemplado en el presente litigio, el dueño del fundo sirviente tiene una acción denominada por la doctrina, **acción negatoria**, para extinguir, para determinar la servidumbre que está sufriendo, o mejor dicho, para que se declare que el predio no está obligado a soportar tal gravamen. En el tercer caso, cualquiera de los interesados, por el predio dominante, o por el sirviente, tiene acción para que por la justicia se normalice con precisión, el modo o forma apropiado legalmente de ejercerla, o para que se varíe o se cambie, si de eso se trata.

De estas acciones, al tenor de los artículos 872 a 876 del C. J., las dos primeras se ventilan por la vía especial señalada allí, y la segunda, la **acción negatoria**, por interpretación jurisprudencial por la vía ordinaria.

El propietario que pretende que su inmueble se halla libre de servidumbre, es decir, quien para ello ejercite la acción negatoria correspondiente, para vencer en ella le basta demostrar su derecho de propiedad; a su adversario, que en el presente caso sería la Sociedad demandada, le corresponde probar la existencia de esa servidumbre, dada o supuesta la presunción de exención de gravámenes en favor de todos los predios.

Por medio de la escritura pública número 493, fechada el primero de agosto de 1941, de la Notaría Segunda de Popayán, cuyo registro tuvo lugar el doce de los mismos mes y año, el demandante doctor Mario Tomás Mosquera, se hizo dueño exclusivo de la hacienda denominada "Cocónuco", situada en el Municipio de Puracé, integrada, entre otros, por los potreros o dehesas de Santa Catalina y San Carlos, hacienda cuyos linderos constan en el mencionado instrumento, y que son los mismos incluidos en la demanda.

Aparecen en los autos las copias de las escrituras números 643 de 23 de julio de 1927, y 90 de

enero 26 de 1928, por medio de las cuales se traspasó a la Compañía demandada, la zona de terreno necesaria para el montaje de una planta hidroeléctrica, en la finca del demandante, y se determinaron y circunscribieron las zonas de terreno requeridas al efecto y ciertos derechos concedidos a la Empresa, en orden al mejor desarrollo de sus actividades, zonas que se señalaron, delimitaron y circunscribieron, con sus medidas, en la demanda.

De lo cual se desprende, que la Empresa de Luz y Energía es dueña de los predios o zonas adquiridos mediante las citadas escrituras números 643 y 90, a tiempo que el demandante, doctor Mario Tomás Mosquera, lo es de los terrenos que las delimitan, como parte, tales zonas, de la hacienda de "Coconuco", comprada por él mediante la escritura número 493 de 1941. Se configuran, pues, los elementos físicos y jurídicos para la existencia de la servidumbre, cuya negación por parte del demandante ha originado el presente juicio.

De la inspección ocular practicada con peritos y con vista de las escrituras de adquisición de las zonas y de ciertos servicios por parte de la Empresa de Energía, llegó el Tribunal a la convicción de que la acequia de desagüe no quedó comprendida en las zonas traspasadas a la Compañía, por los antecesores en el dominio del predio del demandante. Los peritos, por mayoría, conceptuaron que la compuerta, no sólo no es conveniente para el buen funcionamiento de los servicios de la Empresa, sino que su existencia puede ser la causa de un futuro derrumbe del canal principal de conducción.

Así pues, ni directamente, por no estar incluida en las zonas de terreno transmitidas en propiedad de la Empresa demandada, cosa que se puso muy en claro en la inspección ocular, ni indirectamente, por el aspecto de necesidad o conveniencia para los servicios de la misma, puede considerarse el canal de desagüe y la compuerta que le da acceso, como una propiedad o un servicio a que pudiera tener derecho la entidad demandada, y que justifique la acción negatoria propuesta.

Pasando a la tacha de la diligencia de inspección ocular, por cuanto "se omitió la identificación de los dos predios", al decir del recurrente, claramente se advierte, por la simple lectura del acta respectiva, que la diligencia se practicó en los terrenos a que se contrae la disputa; consta allí que el día catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, se trasladó el personal del

Juzgado, los peritos y las partes "a la hacienda de Coconuco, sita en el Distrito de Puracé, jurisdicción del Circuito Judicial de Popayán". Allí, el señor Juez puso en conocimiento de los peritos, los puntos materia de su examen. "Una vez comprobados judicialmente —dice el acta— por el señor Juez y los peritos la existencia en el predio de San Carlos, perteneciente a la hacienda de Coconuco, del canal o acequia perteneciente a la planta de la Empresa Municipal de Energía Eléctrica y de la compuerta que tiene ese mismo canal para permitir el desagüe en dirección a Río grande por una chamba que comienza en el canal y termina en Río grande, los peritos procedieron al estudio de los puntos técnicos", etc.

Como se ve, el personal de la diligencia se cercioró por propia y directa percepción, de la identidad del lugar donde debía practicarse el reconocimiento, de la existencia del canal principal y su desviación o nueva acequia allí construida, y en cuanto a la identidad del lugar, nada se objetó al respecto y no podría pensarse que el abogado de la sociedad demandada guardara silencio si la inspección se hubiera realizado en otro sitio. De la diligencia y peritazgo se corrió traslado a las partes y éstas no las objetaron.

Por último, no obsta que el Tribunal hubiera observado que la compuerta está situada o construida en zona perteneciente a la Compañía del alumbrado, pues lo que se persigue en el juicio es la cesación del escape de aguas por el canal, que como servidumbre y sin derecho alguno, ha impuesto la Sociedad demandada al predio del demandante.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo tercero. Violación de los artículos 669, 879 y 888 del C. C., en correspondencia con los artículos 986, 993, 994, 995, 996, 997 y 998 de la misma obra.

Considera el recurrente, que no estando situada la compuerta que da acceso al canal y por donde se vierten las aguas sobre el predio del demandante, mal puede haber una servidumbre, que por definición, es "un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño". Que se trata de relaciones de vecindad, que dan lugar a acciones que no se ventilan por la vía ordinaria, que no pueden confundirse con la acción negatoria de servidumbre (arts. 986, 993 a 998 del C. C.).

Se considera:

Al examinar el cargo anterior, se estudiaron

las condiciones que determinan los derechos de servidumbre. Se vió ya que el propietario que pretende que su inmueble se halla libre de ellas, puede ejercitar frente al tercero que alegue lo contrario, la acción negatoria, y que para vencer en ésta, le basta probar su derecho de propiedad.

Mas, para rechazar el reparo, bastaría examinar la primera súplica de la demanda, donde se pide que se declare que "la Empresa Municipal de Energía Eléctrica S. A. no tiene derecho a establecer el gravamen consistente en una acequia de desagüe que partiendo del canal principal de provisión de agua de la planta de energía eléctrica, desemboca en Riogrande en el potrero denominado San Carlos", etc.

Se ve, pues, que la acción no se propuso por que a inmediaciones del lindero se haya construido una compuerta, sino para que se declare que la finca del demandante no está sujeta a la servidumbre de desagüe por una acequia que atraviesa el predio del señor Mosquera y para implantar la cual y vaciar por ahí aguas del canal principal de la Empresa, ésta utiliza una compuerta construida en la zona que le pertenece, y que carece de todo derecho para hacerlo.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo cuarto. Causal sexta.

La funda en que, a su juicio, el Tribunal incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 448 del C. J.

Tiene resuelto la Corte —expresa— que es procedente la causal sexta, en todos aquellos casos en que el procedimiento adoptado por las partes y por el juzgador para tramitar un litigio, es distinto del fijado para la respectiva acción en la ley procesal.

Cita un aparte de la sentencia del Tribunal, en que se dice que, si no aparece una autorización expresa a la Compañía para abrir la acequia, que ha dado motivo al pleito, "es entonces el caso de indagar si la autorización fue tácita".

Al comentar tal concepto, dice que "esa indagación de que habla el Tribunal es impropia por la vía ordinaria y mediante la acción negatoria de servidumbre, puesto que se trata de saber si el demandado está ejerciendo correctamente los derechos que las escrituras 643 y 90 le confieren, derechos que presuponen gravámenes sobre dichos predios y que, de consiguiente, constituyen una servidumbre". Que sobre el ejercicio de ésta para determinar su extensión, ha debido acudirse al juicio especial señalado en los artículos 2 y siguientes del C. J.

—Gaceta

Se considera:

Olvida el recurrente, que la base del litigio es la demanda y su contestación, y en aquélla, claramente se expresó que la Compañía demandada "no tiene derecho a establecer el gravamen consistente en una acequia o desagüe", que claramente se señala.

La relación jurídico-procesal no puede trabajar nunca sino con las acciones que deduce el actor y con la contestación que al respecto dé el demandado. (Casación, Tomo 46, pág. 229).

El propietario que pretenda que su inmueble se halla libre de servidumbres, puede ejercitar frente al tercero que alegare lo contrario, la acción negatoria y ésta se sigue por la vía ordinaria (arts. 734 C. J. y 879 C. C.). (Casación, G. J. Nos. 2053 - 2054, Tomo 63, pág. 96).

Tal fue la acción propuesta en la demanda. Ella claramente se deduce de los términos explícitos del primer pedimento en la acción propuesta, donde se dice, como ya se anotó, **que la Empresa no tiene derecho a establecer el gravamen consistente en una acequia.**

Es lógico que el Tribunal, en vista de las alegaciones de la contraparte, entrara a estudiar si en los títulos exhibidos por ella y de los términos del contrato a que alude, se pudiera deducir que tal servidumbre debía considerarse entre los servicios estipulados en beneficio de la planta de alumbrado. Pero este examen no puede conducir a desvirtuar el fin propuesto por el demandante al entablar el pleito.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargos quinto y sexto.

En cada uno de estos cargos, el recurrente considera violados los siguientes preceptos:

"Violación de los artículos 879, 888, 889, 897, 937, 1602, 1603 del C. C., y de los artículos 1º, num. 14 de la ley 21 de 1917 y 6º, num. 2º de la ley 67 de 1926, en concordancia con el artículo 1º de la ley 126 de 1938, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la estimación de las escrituras 493, 463 y 90, que obran a folios 1º y ss., 21 y ss. y 26 y ss. del C. principal; de la inspección ocular de folios 4 v. y ss. y de los dictámenes periciales que obran a folios 9 y ss.; 11 y ss., del C. Nº 2, y fol. 7 del C. 3º".

Expresa, en apoyo del primero de estos dos reparos, que de las escrituras 643 y 90 aparece, además de la "venta" de ciertas zonas de terreno, la imposición a los inmuebles de San Carlos y la Curtiembre, de varios gravámenes en favor del

predio de la Empresa de Energía. Por haber aseverado lo contrario, el Tribunal incurrió en notorio error de hecho, que lo llevó a desconocer la existencia de una servidumbre convencionalmente establecida por los mencionados instrumentos.

En cuanto al dictamen de los peritos, que aparece en el Cuaderno segundo, dice que de él no se deduce que la compuerta no sea conveniente, aunque alguno le niegue la necesidad. Que los conceptos de los expertos no concuerdan en su aspecto técnico y que antes bien, disienten, por lo cual no pueden constituir plena prueba.

Que de los dictámenes de los peritos, del Cuaderno 3º, se desprende la necesidad y conveniencia de la compuerta.

Que por haber aseverado lo contrario, incurrió el Tribunal en ostensible error de hecho, y por desconocer el mérito probatorio del dictamen de segunda instancia y dar el valor de plena prueba a un concepto de peritos, que no lo tiene, cometió el error de derecho, que llevó al juzgador a violar las disposiciones citadas.

En apoyo del cargo sexto, conceptúa que el Tribunal no apreció la exposición pericial rendida en la segunda instancia y de donde se desprende, contra lo sostenido por el sentenciador, la necesidad y conveniencia de la compuerta, por donde se puedan desviar del canal principal materiales gruesos de acarreo, que de lo contrario, llegarían a las máquinas, dañándolas.

Que si el Tribunal hubiera atendido tal concepto, le hubiera otorgado todo el valor que a los peritajes les reconoce el artículo 722 del C. J., cuando son uniformes y debidamente documentados.

Se considera:

El Tribunal hace un estudio muy detenido de las estipulaciones contenidas en las escrituras 643 y 90, varias veces nombradas, para llegar a la conclusión de que la acequia en disputa no quedó "especialmente prevista" en los contratos allí consignados. Observa que ésta no pudo ser abierta en el terreno cedido a la Compañía, porque el demandado lo hubiera alegado y encuentra, en orden a tal indagación, que no forma parte del canal principal, ni del terreno cedido para la planta y otras dependencias o servicios.

A continuación, entra el juzgador a examinar si pudiera existir en los memorados instrumentos alguna autorización tácita, ya que expresamente, nada se proveyó al respecto, es decir, si el dere-

cho para construir la acequia del desagüe y compuerta, puede quedar comprendido en las obras "necesarias y convenientes", a que se refiere la escritura número 90. Mas halla que, de acuerdo con el concepto mayoritario de los expertos, que rindieron su dictamen en la primera instancia, no sale adelante la alegación de necesidad y conveniencia del desagüe y compuerta, estimados por los peritos como innecesarios, y aún perjudiciales para los fines de la planta.

El Tribunal, del estudio comparativo de los conceptos periciales de la primera y de la segunda instancia, saca la conclusión de que el rendido ante él, trata la cuestión en términos generales, y en cambio, la exposición de los expertos, presentada al Juez de la causa, se contrae particularmente al examen de la necesidad y conveniencia de la obra en disputa, acogiendo, pues, sus razones.

Todo lo cual, condujo al sentenciador a descartar la servidumbre voluntaria o convencional.

Se trata, pues, por una parte, del examen e interpretación de las cláusulas contenidas en las escrituras números 643 y 90, y por la otra, de dilucidar si el Tribunal cometió error de derecho en la apreciación del primer dictamen pericial, y de hecho, al no considerar el rendido en la segunda instancia.

La interpretación de un contrato es, por lo demás, una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probablemente establecidos en el juicio, de tal manera que no es posible desestimarla por la Corte, sino al través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho, que ponga de manifiesto, incuestionablemente, una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes.

Del examen efectuado por esta Sala de las estipulaciones de los contratos consignados en los memorados instrumentos, no se ve que el Tribunal hubiera cometido un error evidente de hecho, que permitiera a la Corte casar la sentencia por violación de alguno de los preceptos indicados para hacer lo que hubiera de corresponder.

En cuanto a la prueba pericial, se observa que encontró el sentenciador razones para acogers al dictamen de primera instancia, que detenidamente examina y comenta, por considerar que quienes allí conceptuaron, de acuerdo con sus conocimientos en la ciencia de la ingeniería, dieron su opinión sobre que en las zonas transmitidas a la Empresa del Alumbrado, no quedó incluido el canal de desagüe, y que tal vertedero no es conve-

niente, ni necesario para el desarrollo de las actividades de la Compañía.

A los litigantes, ha dicho la Corte, les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (art. 718 del C. J.), pero en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor, el juzgador no queda legalmente obligado a decidirse por el último practicado, por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él, aún en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley, para escoger entre los dos, el que a su juicio resulte verdadera y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos, si llega a estimar que carecen de debida fundamentación. (Sentencia de 29 de agosto de 1949, Tomo 66, página 372).

Con referencia a la tacha de error de hecho en la apreciación del dictamen pericial rendido en la primera instancia, y en el cual apoyó su decisión el Tribunal, es de recordar que en innumerables providencias, esta Sala ha sentado la doctrina de que el dictamen de expertos, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba; que estas condiciones o requisitos para su aceptación, son de libre apreciación del juzgador y que el superior no puede variarla, sino en tanto que se compruebe que en esa estimación se incurrió en verdadero error de hecho, que aparezca de bulto o manifiesto en los autos. Tal prueba no se halla en el presente negocio.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo séptimo. Este cargo, que da lugar a casar parcialmente la sentencia recurrida, se estudia al final del fallo.

Cargo octavo. Violación del artículo 1518 del C. J.

Se funda en que existe una imposibilidad absoluta para suprimir en sólo tres días el derrame de las aguas en referencia, mediante la construcción de obras, no especificadas, ni determinadas.

Para rechazar, bastaría recordar que en la demanda se pide al Juez la supresión en el término de tres días del desagüe por el canal en discusión, y que ningún reparo hizo el demandado a tal término; se trata de una cuestión nueva, planteada simplemente en casación, donde no son admisibles los llamados "medios nuevos", según se expresa atrás.

Por lo expuesto, se declara ineficaz el cargo.

Cargo noveno. Causal 2ª, artículo 520 del C. J.

Considera que el fallo decidió una cuestión no impetrada en la demanda. En ésta se pide, de modo expreso, se ordene la suspensión de la compuerta que da acceso a la chamba o acequia a las aguas del canal y la construcción de un muro de contención. El Tribunal dispuso conservar la compuerta y suprimir el derrame de aguas, mediante las obras que indique la técnica. Condenó el Tribunal, pues, a más de lo pedido.

Se considera:

El sentenciador, interpretando la demanda, estimó que la acción propuesta, era claramente una "acción negatoria de servidumbre", encaminada a obtener que las aguas de la planta que corren por el canal principal que lleva las aguas a la maquinaria, tuvieran un desagadero o derrame sobre los terrenos del demandado, por un nuevo canal o acequia, al cual da acceso la compuerta, y acorde con estas ideas, ordenó suprimir el derrame o vertedero, debiendo construir los demandados las obras que la técnica indique, encaminadas al fin propuesto: librar de la servidumbre de desagüe al predio del doctor Mosquera. Lo sentenciado está dentro de lo demandado. No hay, pues, la incongruencia que anota el recurrente.

Se declara sin fundamento el cargo.

Cargo décimo. Sexta causal, artículo 520 del C. J.

Dice que el poder conferido por el doctor Mosquera al abogado que propuso la demanda, no contiene facultad alguna para demandar la condena de perjuicios. De los términos del mandato, se desprende simplemente facultad para proponer la consiguiente acción negatoria de servidumbre.

Sostiene que hay ilegitimidad de personería del apoderado, en cuanto pidió y obtuvo la condena de perjuicios, motivo de nulidad numeral 2ª, artículo 448 del C. J.

Se considera:

Como en repetidos fallos lo ha dicho la Corte, el derecho de accionar o de excepcionar, con base en la nulidad del juicio por ilegitimidad de la personería, no corresponde a cualquiera de las partes, sino privativamente a la parte mal representada. Es el interesado mismo quien puede alegar la falta de representación, no su contraparte, ni siquiera su litis consorte. (Casación de 6 de julio de 1936, Tomo 43, página 784).

Lo relativo a perscneria adjetiva circunscribe el interés indispensable para alegar nulidades, o siquiera irregularidades "en la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio".

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo séptimo. Dice el recurrente, que la demanda del doctor Mosquera, en cuanto a la indemnización de perjuicios, se refiere, sin lugar a dudas, a una culpa extracontractual, ya que, precisamente, trata de obtener la reparación, bien sea por un acto simplemente culposo, que ninguna relación tiene con los actos previstos o autorizados por las escrituras 643 y 90, bien sea para que se ordenara al demandado ejecutar en los predios del actor ciertas obras, a fin de poner término al daño que la situación contemplada al momento de la demanda, venía causando.

Expresa que, tanto en materia contractual (art. 1604 del C. C.), como en la extracontractual (arts. 2341 y ss.), se exige la plena demostración en los autos de la existencia de un perjuicio, para que pueda condenarse a su reparación, sin que tal prueba pueda sustituirse por el simple dictamen de expertos que valoren ese hipotético perjuicio.

Observa, que en el caso de autos, el demandante omitió probar el daño alegado. Que en parte alguna, hay la demostración de que el predio de San Carlos estuviera destinado al pastoreo de ganados productores de leche, ni que en la parte de las tierras que se dicen aisladas, existieran reses antes de las circunstancias que motivaron el litigio, y que a consecuencia de tales hechos, hubieran tenido que ser retiradas; ni que las vacas necesitaran ir diariamente a éste o aquel sitio y tuvieran que dar rodeos que antes no daban; ni que fueran destinadas para ordeño; ni el número de ellas; ni que esa parte del potrero de San Carlos tuviera que ser desaprovechada por causa de la chamba y la compuerta en litigio.

De lo expuesto, deduce que el Tribunal cometió notorio error de hecho, a consecuencia de lo cual, violó los artículos 2341, 1613 y 1614 del C. C., al condenar por indebida apreciación de pruebas al pago de unos perjuicios no demostrados.

Que también cometió el Tribunal error de derecho en la apreciación de las declaraciones periciales que le sirvieron de fundamento, del monto de la condena, porque les dio mérito de plena prueba, sin ser uniformes, explicados, ni debidamente fundamentados, y sin que fueran sus con-

ceptos fruto de sus conocimientos en una ciencia o arte.

Se considera:

Sin entrar a dilucidar si se trata de perjuicios originados en la violación de un contrato, o de perjuicios por culpa extracontractual, por tener origen los reclamados en actos extraños a las obligaciones contractuales estipuladas, es lo cierto que el fundamento esencial, el objeto de la acción, es demostrar la realidad del daño que genera en su autor la obligación de repararlo.

Para que un perjuicio origine la responsabilidad, es necesario que presente esta característica fundamental: que sea cierto, en el sentido de que tenga su existencia demostrada de que signifique un daño concreto, preciso y respecto del cual no se presente al juzgador duda alguna en el futuro.

"En juicio no es dable mandar indemnizar —ha dicho la Corte— sino aquellos daños precisos y concretos que se demuestren. La indemnización es un derecho. Emana, por ende, de hechos palpables. Donde los hechos no están acreditados por sus circunstancias reales y tangibles, no hay modo de sacar conclusiones prácticas, debido a que el campo procesal repudia el criterio meramente conjetural, aun cuando la hipótesis sea en realidad de acaecimiento probable, pero difícil su demostración". (Sentencia de 3 de noviembre de 1943. G. J. Nos. 2006 a 2009, pág. 284, Tomo LVII).

En el presente caso, sin que esté demostrado que en la zona aislada con la acequia o canal de desagüe, pasten vacas destinadas al ordeño, ni el número de éstas, ni que la producción lechera, por causa del largo recorrido, hubiera mermado, los peritos conjeturaron, el uno, que existían cien vacas, y el otro sesenta, y otros motivos de perjuicios, y de allí dedujeron, sin dar razón suficiente de su dicho, que "la pérdida diaria se puede estimar en 25 litros, que al precio de 0.10 centavos el litro, representa una suma de setenta y cinco pesos mensuales". Se consideró también, que ese perjuicio había durado cinco años, o sean sesenta meses, que multiplicados por setenta y cinco, dio la suma de cuatro mil quinientos pesos (\$ 4.500).

Avaluaron o apreciaron también los peritos, que la falta de comunicación entre la zona que separó la acequia y el resto del potrero, impide a su dueño beneficiarse del pasto que allí se produce. Calcularon tal sector en H2 2, 3 y estimaron que el pastaje podría valorarse, según sus

conocimientos, a dos pesos por mes, o sea \$ 55 al año, lo que les permite, dada la fecha establecida de la construcción del canal, que por este aspecto, el daño causado alcanza a la suma de doscientos setenta y cinco pesos (\$ 275). Este último concepto lo considera la Sala debidamente fundamentado y el hecho de la separación de la zona y su incomunicación, suficientemente probado en el proceso por medio de la inspección practicada.

Dado, pues, el error de derecho cometido en la apreciación de la primera parte del dictamen pericial, la sentencia habrá de casarse parcialmente, en el sentido de desechar el dictamen en la parte primera, por no estar suficientemente demostrados los perjuicios.

Estos fueron los únicos perjuicios que encontró probados el Juez de primera instancia, y de su fallo apeló únicamente la Sociedad demandada. No podría, pues, condenarse a otros perjuicios, aun cuando estuvieren demostrados.

Las razones que se dejan expuestas, las considera la Corte ya en instancia, suficientes como fundamento de la sentencia que ha de pronunciarse.

Como el demandante no apeló de la providencia de primera instancia, nada puede resolverse sobre las obras necesarias para que cese la incomunicación de la zona afectada por el canal de desagüe.

Juzga la Sala razonables las consideraciones de la sentencia de segundo grado, para abstenerse de condenar a la Sociedad demandada a quitar la compuerta en litigio pero, en cambio, deben ejecutarse las obras que la técnica indique para que cese el derrame de las aguas del canal de conducción, en la acequia a que se refiere la súplica segunda de la demanda.

La reforma del fallo, mediante la casación parcial, impide la condenación en costas.

SENTENCIA:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administran-

do justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, y reformando la de primera instancia, falla este pleito así:

A) Confirma los puntos primero y cuarto de la sentencia del Juez de primera instancia, proferida con fecha treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

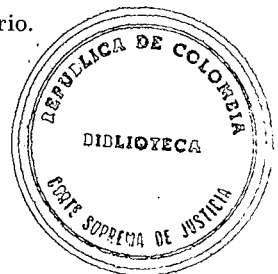
B) Reforma el punto segundo, en el sentido de condenar a la Empresa Municipal de Energía Eléctrica de la ciudad de Popayán, a suprimir dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el derrame de las aguas del canal de conducción en la acequia a que se refiere la súplica segunda de la demanda, esto mediante la construcción de las obras que indique la técnica.

C) Reforma igualmente el numeral 3º de la memorada providencia del Juez Segundo del Circuito Civil de Popayán, en el sentido de condenar a la Empresa demandada a pagar al doctor Mario Tomás Mosquera, tres días después de ejecutoriado este fallo, como perjuicios por haber establecido la acequia en cuestión y derrame de aguas de que se trata, la cantidad de doscientos setenta y cinco pesos (\$ 275) moneda legal.

Sin costas, por haberse casado parcialmente el fallo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas—
Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.
Hernando Lizarralde, Secretario.



SALA DE CASACION PENAL

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (DEMORAS EN RESOLVER UNAS SOLICITUDES DE LIBERTAD)—SI EL HECHO SE DEBE A FUERZA MAYOR, NO PUEDE HABER RESPONSABILIDAD PENAL POR PARTE DEL ACUSADO

Es cierto que las solicitudes de excarcelación deben tramitarse y resolverse dentro de los perentorios términos de que trata el artículo 396 del Código Procesal Penal, y que el fallo sólo puede aplazarse hasta por cinco días, cuando hubiere necesidad de allegar pruebas para saber si la infracción está comprendida entre las que admiten excarcelación.

En el caso a estudio, el Juez acusado se abstuvo de tramitar las solicitudes de libertad presentadas por los procesados, no por mero capricho o arbitrariedad, sino porque un factor extraño y de fuerza mayor, como lo fue la pérdida imprevista del expediente, lo obligó a suspender el diligenciamiento del incidente, basándose en lo dispuesto por el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal.

Esto destruye el dolo y cualquier otra responsabilidad penal derivada de la culpa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en providencia de treinta de abril del año próximo pasado, que por consulta debe revisar la Corte, declaró que los hechos imputados al doctor Moisés Marín Flórez, ex-Juez Superior de esa ciudad, no son constitutivos de delito, y, en consecuencia, ordenó cesar todo procedimiento criminal contra el Juez acusado.

Cumplida la tramitación propia de la instancia, recibida el concepto del señor Procurador Dele-

Los procesados Elías Zuluaga H., Idelfonso Castaño y otros cuatro presos más, formularon denuncia criminal contra el doctor Moisés Marín Flórez, Juez Superior del Distrito Judicial de Pereira, por los siguientes hechos:

1º Porque el Juez se abstuvo de darle curso a una solicitud de libertad provisional elevada por los denunciantes en el proceso que se les seguía por algunos sucesos delictuosos ocurridos en la ciudad de Pereira el día 7 de febrero de 1948; y

2º Porque el Juez acusado demoró, por más de dos meses, ordenar que se compulsaran unas copias del proceso en cuestión para que pudiera surtir el recurso de apelación que los denunciantes habían interpuesto contra el auto que les negó la libertad provisional solicitada.

Con respecto al primer cargo, o sea el haberse abstenido de darle curso a una solicitud de excarcelación, de la investigación aparece lo siguiente:

El proceso original por los sucesos acaecidos en la ciudad de Pereira el 7 de febrero de 1948, desapareció del Juzgado Superior en la noche del 8 al 9 de noviembre del mismo año —1948—; Juez y demás empleados del juzgado se dedicaron activamente a la búsqueda del expediente y a compulsar copias para la reconstrucción del proceso, antes de vencerse los diez días fijados por el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal; dentro de ese lapso algunos de los procesados solicitaron su libertad provisional, por haberse perdido el negocio y no justificarse su detención, petición que, les fue devuelta por estar concebida en términos irrespetuosos; dos días después, o sea el 18 de noviembre de 1948, los sindicatos volvieron a pedir su libertad; al día siguiente —19— el Juez dispuso aplazar “la resolución del incidente hasta la finalización de los diez días hábiles de que habla el artículo 154 del C. de P. Penal, para las averiguaciones tendientes a establecer si el proceso original desapareció definitiva-

pués —23 de noviembre— los procesados presentaron otro memorial insistiendo sobre el trámite de la solicitud de excarcelación; ese mismo día —23 de noviembre— el expediente le fue enviado al Juez 66 de Instrucción Criminal adjuntándole los memoriales presentados por los sindicatos relacionados con la petición de libertad. Indagado el Juez acusado, sobre el cargo en referencia, dice:

“El suscrito Juez consideró que de acuerdo con el artículo 154 del C. de P. Penal, nada podía resolverse hasta que transcurriera el término de diez días (hábiles de acuerdo con la costumbre), para ver si realmente el proceso se había perdido o era preciso reconstruirlo. Parece que tal disposición crea un **statu quo** en relación con toda clase de incidentes. El Juez sólo debe hacer cuanto le corresponda para averiguar por el paradero de un proceso, extraviado, y sólo cuando han transcurrido los días mencionados por la disposición citada, vuelve a normalizarse la tramitación, así sea en las copias que para la reconstrucción se tengan, dando cabida a los incidentes que se presenten” (f. 5 v.).

Dispone el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal, que cuando se perdiere un proceso penal, el Juez donde esto sucediere deberá practicar todas las diligencias necesarias no sólo para comprobar el hecho y descubrir a los responsables, sino también para averiguar el paradero del proceso. Pero si pasados diez días éste no apareciere, se ordenará reponer el proceso desde un principio cualquiera que sea la instancia en que se encontrare al momento de la pérdida. Si solamente se hubiere perdido un cuaderno o incidente, que fuere necesario tener presente para la sentencia definitiva, se repondrá la pieza perdida y se suspenderá entre tanto, si fuere preciso, el curso del negocio.

Es cierto que las solicitudes de excarcelación deben tramitarse y resolverse dentro de los preteritos términos de que trata el artículo 396 del Código Procesal Penal, y que el fallo sólo puede aplazarse hasta por cinco días, cuando hubiere necesidad de allegar pruebas para saber si la infracción está comprendida entre las que admiten excarcelación.

En el caso a estudio, el Juez acusado se abstuvo de tramitar las solicitudes de libertad presentadas por los procesados, no por mero capricho o arbitrariedad sino porque un factor extraño y de fuerza mayor, como fue la pérdida imprevista del expediente, lo obligó a suspender el diligencia-

miento del incidente, basándose en lo dispuesto por el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal. “Porque, en verdad —como dice el señor Procurador Delegado— conforme a este precepto, las primordiales obligaciones del Juez eran las de atender, sin tardanza, a la búsqueda del expediente; procurar descubrir a los responsables del hecho; y, pasados diez días sin encontrar el negocio, ordenar la reconstrucción del mismo. Además, sin tener a la vista el proceso original, era imposible resolver las peticiones de libertad, porque no se disponía de los elementos probatorios para definir si era o no el caso de concederla, mayormente cuando, con anterioridad, ya el Juez le había negado la excarcelación a varios de los detenidos.

“El artículo 154 en mención dice que ‘si solamente se hubiere perdido un cuaderno o incidente, que fuere necesario tener presente para la sentencia definitiva, se repondrá la pieza perdida y se suspenderá entre tanto, si fuere preciso, el curso del negocio’.

“Si esto autoriza la ley para casos en que sólo hay pérdida de un mero cuaderno o incidente, con mayor razón no podrá actuarse cuando la pérdida del proceso sea total. La naturaleza de las cosas impone, en este evento, por sustracción de materia, inhibir al Juez para resolver cuestiones relacionadas con el negocio desaparecido.

“Por consiguiente, bien o mal interpretado el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal, el Juez doctor Marín se vio ante un hecho difícil e inusitado que pudo perturbarle su recto criterio y determinarlo a proceder en la forma en que lo hizo. Y por otra parte la norma mencionada se presta a la interpretación que le dio el funcionario para abstenerse de tramitar la solicitud de libertad. En una palabra, el Juez obró de buena fe y en la creencia razonada de que se ceñía a un precepto legal. Y eso destruye el dolo y cualquier otra clase de responsabilidad penal, derivada de culpa”.

En cuanto al segundo cargo, o sea la demora en ordenar compulsar unas copias para hacer efectivo un recurso de apelación, aparece lo siguiente:

En providencia de 18 de septiembre de 1948, que consta de 88 hojas, el Juez concedió la libertad provisional a cinco sindicatos y se la negó a otros cinco. Después de esta providencia vinieron numerosas actuaciones, tales como diferentes solicitudes de las partes, providencias consiguientes, recepción de varias declaraciones para los efectos del artículo 415 del Código de Procedi-

miento Penal, conceptos fiscales sobre el particular, etc., todo lo cual motivó que el expediente estuviera en continuo movimiento sin dar tiempo a que pasara a la Secretaría para que allí se sacaran las copias destinadas a surtir el recurso de apelación interpuesto contra el auto que les negó la libertad a los cinco procesados.

Sobre el particular, dice el Juez sindicado:

“A tiempo de perderse el negocio, pues, existían varios recursos pendientes, y no se habían compulsado las copias, ya que con la serie interminable de incidentes propuestos por los sindicados y sus apoderados, en la forma ampliamente detallada en párrafos anteriores, el negocio original era imposible que se paralizara entregándoselo al mecanógrafo para sacar las copias, cuando se precisaba por el suscrito, a fin de estudiar las pruebas para ir resolviendo los incidentes”.

Lo anterior indica claramente que no hubo morosidad culposa por parte del Juez, ni mucho menos intención de perjudicar a los denunciantes. Pues, el retardo en compulsar las copias se debió a la agitada actividad que tuvo el expediente en

aquellos días, por causa de las mismas personas que en él intervenían. Bastan tales circunstancias para que resalte la inocencia del funcionario acusado por este aspecto.

De lo dicho se desprende que los dos hechos denunciados no son constitutivos de delito, y al declararlo así el Tribunal de instancia para ordenar, en consecuencia, la cesación del procedimiento, obró legalmente, razón por la cual debe confirmarse la providencia que así lo dispuso.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno.
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSAL 3ª DE CASACION. — CUANDO EN EL JUICIO INTERVINO EL JURADO, LA ACUSACION CON FUNDAMENTO EN ESTA CAUSAL DEBE HACERSE POR DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL VEREDICTO, Y NO POR DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL AUTO DE PROCEDER.—EL HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL NO EXCLUYE LA RIÑA. — CONCURSO IDEAL O FORMAL DE DELITOS

1.—En los juicios con intervención del jurado, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto del tribunal popular, y no en consonancia con el auto de proceder, por la sencilla razón de que el jurado tiene facultad legal de apartarse del pliego de cargos formulados en dicho auto y para consignar en su respuesta “circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943.

Es bien sabido que lo inmodificable del auto de proceder no es su parte motiva, sino la resolutive, de tal suerte que sólo la calificación genérica del delito hecha en esa providencia es la que no puede desconocer la sentencia. En cambio, el pliego de cargos formulado en la parte motiva sí está sujeto a rectificación ulterior, en vista de lo alegado y probado en el curso del juicio. Esta la razón para que en el recurso extraordinario de casación y tratándose de juicios con intervención del jurado, no sea pertinente sustentar ante la Corte el primer motivo de la causal tercera de casación, o sea, desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino disconformidad de aquélla con el veredicto del jurado, segundo motivo de la causal citada.

2.—El veredicto está constituido por los hechos a que se refiere el cuestionario y por las afirmaciones o negaciones que dé el jurado sobre ellos. Lo uno y lo otro forman un todo indivisible, y no es necesario que los jueces de conciencia, al dar su contestación, repitan cada uno de esos hechos contenidos en la pregunta, para aceptarlos o rechazarlos. Por consiguiente, la seca afirmación o negación que haga el jurado, comprende todas las cuestiones sobre las cuales se le interroga; y cuando al “sí” o al “no”

de la respuesta agrega algunas circunstancias, ha de entenderse que éstas sólo modifican los hechos pertinentes del cuestionario. Así, por ejemplo, si se pregunta que N. N. dio muerte a X. X. con alevosía y sevicia, la negativa expresa que dé el jurado sobre esta última modalidad del delito, no descarta la existencia de la alevosía.

3.—El homicidio ultraintencional no excluye la riña imprevista, sencillamente porque ésta es sólo una forma circunstancial de cometer homicidio o lesiones, y no un delito independiente o PER SE. La riña es cruce de golpes o violencias, en que los combatientes actúan con la intención mutua de inferirse daño. Y ese propósito puede radicar en la representación y la voluntad de causar un simple daño en el cuerpo o en la salud (lesiones personales), o en el ánimo de matar al adversario (homicidio). Por ese motivo, la ultraintención es conciliable con la riña.

4.—Al referirse el artículo 31 del Código Penal a la violación de varias disposiciones de la ley penal con un solo hecho, está hablando de aquellas infracciones que no es posible separar, porque, aún siendo varias, su pluralidad es simplemente ideal, o más acertadamente, ficticia. En estos eventos, uno solo es el hecho y dos o más las disposiciones violadas, mas no por ello puede afirmarse jurídicamente que existan dos infracciones separadamente. De tal suerte que el concurso ideal o formal sucede cuando un solo hecho produce pluralidad de resultados; es decir, cuando hay unidad de hecho o de acción delictuosa, pero con pluralidad de derechos violados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sentencia de diez y seis de marzo del año próximo pasado, condenó a Melquisedec Landázuri a la pena principal de seis años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales en Jacinto y Francisco Landázuri, respectivamente.

Contra esta sentencia el señor defensor del procesado interpuso recurso de casación, y ante la Corte formuló la correspondiente demanda, y como se han cumplido las formalidades legales, se procede a su estudio.

Demanda de casación

El recurrente invoca como causales de casación la 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal que se estudiarán en el orden traído por la Procuraduría.

Causal 3ª—Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y con el veredicto del Jurado.

Ambos motivos, desacuerdo con el auto de proceder y con el veredicto del Jurado los alega el demandante al sustentar la causal 3ª de casación. Al efecto, sostiene el recurrente, que en el auto de proceder se le imputó al procesado Melquisedec Landázuri un homicidio común cometido en riña imprevista, situación que el Tribunal desconoció en la sentencia recurrida en casación. Que, igualmente, la sentencia está en desacuerdo con el veredicto, puesto que el Jurado reconoció la circunstancia de riña imprevista, y el Tribunal la rechazó al aplicar la penalidad.

Se considera:

Da cuenta el proceso de que en la noche del 17 de marzo de 1946, hubo una fiesta en casa de Tobías Quiñones, situada en el punto de "Piri", jurisdicción municipal de San José —Nariño—. Por consecuencia del licor ingerido, se suscitó una molestia entre Juan Landázuri y Maximino Quiñones, sin resultados apreciables. Poco después, surgió otro choque entre Jacinto Landázuri y su hijo Francisco, de una parte, y Melquisedec Landázuri, de la otra. Estos tres sujetos resultaron lesionados, así: Jacinto Landázuri con una grave herida contusa en el cráneo, a consecuencia de la cual murió once días después de recibirla; Francisco Landázuri con dos heridas, una en la región parietal izquierda y la otra en la par-

te superior de la mejilla del mismo lado, heridas que le causaron una incapacidad de ocho días, sin otras consecuencias; y Melquisedec Landázuri con una herida en el hipocondrio izquierdo, de arma cortante, que le ocasionó veinticinco días de incapacidad y como consecuencia una deformidad física irreparable.

El Juzgado Segundo Superior de Pasto, en auto de 26 de agosto de 1947, abrió causa criminal contra Melquisedec Landázuri por el delito de homicidio en la persona de Jacinto Landázuri y por el de lesiones personales en Francisco Landázuri; y contra éste por las lesiones de Melquisedec.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en providencia de 25 de mayo de 1948, confirmó el auto de proceder dictado por el Juzgado, y en relación con el homicidio imputado a Melquisedec, dijo:

"Como única circunstancia atenuante del homicidio, debe anotarse que se perpetró en riña imprevista, sin que se vea ninguna causal justificativa en el informativo, pues, por el contrario, de esas probanzas se desprende una clara y manifiesta intención de matar, dadas el arma empleada y la localización de la herida y la violencia con que fue lanzado el golpe".

Con base en el auto de proceder, se le formularon al Jurado los siguientes cuestionarios, en relación con Melquisedec Landázuri:

Con respecto al homicidio. "El acusado Melquisedec Landázuri es responsable de haber ocasionado una herida contusa a Jacinto Landázuri, en la región frontal derecha, que fracturó la bóveda craneal y que le produjo una hemorragia cerebral, habiendo muerto a los once días después de lesionado y que lo hizo mediante riña imprevista y con el propósito de matar, el día 17 de marzo de 1946, en la sección denominada Piri, jurisdicción del Municipio de San José de Barbacoas?".

El Jurado contestó: "Sí, es responsable pero sin intención de matar sino simplemente con la intención de herir".

Con respecto a las lesiones. "¿El acusado Melquisedec Landázuri es responsable de haber lesionado con arma contundente a Francisco Landázuri, tanto en el parietal izquierdo, como en la región malar del mismo lado, y que lo hizo con intención de herir, dejándole una imposibilidad de ocho días sin consecuencias posteriores, cuyo hecho ocurrió en la sección denominada 'Piri', jurisdicción del Municipio de San José de Barbacoas, el día 17 de marzo de 1946?".

"Sí", fue la contestación del Jurado.

Tanto el Juzgado como el Tribunal interpretando el veredicto, condenaron a Melquisedec Landázuri como autor de un homicidio preterintencional simplemente, sin la circunstancia modificadora de la riña imprevista, pues, consideraron que el Jurado la había desechado.

Historiados los hechos y la actuación procesal, se pasa a estudiar las causales de casación propuestas:

Causal 3ª Primer motivo alegado.—Desacuerdo de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder.

La sentencia recurrida en casación evidentemente no guarda armonía con el auto de enjuiciamiento, ya que en éste se reconoció expresamente por el Tribunal el hecho de que el homicidio cometido por el acusado había sido dentro de la circunstancia modificadora de la riña imprevista, la cual fue rechazada por los juzgados de instancia.

Pero acontece, como lo anota el Procurador, que en los juicios con intervención del Jurado, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto del tribunal popular, y no en consonancia con el auto de proceder, por la sencilla razón de que el Jurado tiene facultad legal de apartarse del pliego de cargos formulados en dicho auto y para consignar en su respuesta "circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943.

Es bien sabido que lo inmodificable del auto de proceder no es su parte motiva, sino la resolutive, de tal suerte que sólo la calificación genérica del delito hecha en esa providencia es la que no puede desconocer la sentencia. En cambio, el pliego de cargos formulados en la parte motiva sí está sujeto a rectificación ulterior, en vista de lo alegado y probado en el curso del juicio. Esta la razón para que en el recurso extraordinario de casación y tratándose de juicios con intervención del Jurado, no sea pertinente sustentar ante la Corte el primer motivo de la causal tercera de casación, o sea desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino disconformidad de aquélla con el veredicto del Jurado, segundo motivo de la causal citada.

No prospera, pues, este primer cargo de la demanda.

Segundo motivo alegado.—Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

El cuestionario formulado al tribunal popular

sobre el delito de homicidio, en relación con su especie y circunstancias modificadoras de la responsabilidad y la sanción, comprendió el propósito de matar y la riña imprevista.

El veredicto aceptó la responsabilidad del acusado, pero negó la intención de matar, sustituyéndola por la intención de herir. El Jurado se limitó, pues, a transformar la especie del delito, cambiando el homicidio común o intencional por el homicidio preterintencional, sin tocar para nada la circunstancia modificadora de la riña imprevista, que quedó aceptada con el adverbio afirmativo "Sí". Este es el alcance del veredicto dado por el Jurado.

"El veredicto está constituido —dice el señor Procurador Delegado— por los hechos a que se refiere el cuestionario y por las afirmaciones o negaciones que dé el Jurado sobre ellos. Lo uno y lo otro forman un todo indivisible, y no es necesario que los Jueces de conciencia, al dar su contestación, repitan cada uno de esos hechos contenidos en la pregunta, para aceptarlos o rechazarlos. Por consiguiente, la seca afirmación o negación que haga el Jurado, comprende todas las cuestiones sobre las cuales se le interroga; y cuando al "Sí" o al "No" de la respuesta agrega algunas circunstancias, ha de entenderse que éstas sólo modifican los hechos pertinentes del cuestionario. Así, por ejemplo, si se pregunta que N. N. dio muerte a X. X. con alevosía y sevicia, la negativa expresa que dé el Jurado sobre esta última modalidad del delito, no descarta la existencia de la alevosía, porque como atinadamente lo ha dicho la H. Corte, "un Sí después de una serie de preguntas se refiere a todas, a menos de constar lo contrario". (Casación de Marco Aurelio Marulanda, de 14 de agosto de 1947. GACETA números 2055-2056, página 415).

"En el presente caso, la conjunción adversativa 'pero' usada por el Jurado, califica únicamente el aspecto doloso del homicidio, que, en vez de ser un dolo directo, fue apreciado por el tribunal popular como un dolo indirecto ó ultraintencional; es decir, que la acción psíquica del acusado, en los momentos de causar la herida a la víctima, estuvo informada por el ánimo de producir unas simples lesiones, y no un homicidio. El efecto superó el propósito. Luego la riña imprevista incluída en el cuestionario, quedó aceptada en el veredicto con la expresión 'Sí es responsable'.

"El veredicto en su contenido y en su interpretación es uno e indivisible. En consecuencia, no le es dado al intérprete admitir una parte de

la respuesta y desechar la otra, porque eso equivaldría a asumir en la sentencia una dualidad de funciones que la ley no le reconoce al fallador: la de juez de conciencia y la de juez de derecho, o al menos la de dictar la providencia de acuerdo con un criterio netamente jurídico.

"Y obsérvese, por otra parte, que durante la audiencia, el Ministerio Público aceptó íntegramente la modalidad de la riña imprevista consignada en el auto de proceder y en el cuestionario, y que ello también lo admitió el defensor del procesado, pero llegando a la conclusión radical de que esa pelea constituía una legítima defensa, motivo de justificación que rechazó el Jurado. En tales condiciones, se explica perfectamente que el veredicto no negara la riña imprevista y la diera por existente al afirmar la responsabilidad del acusado".

Lo anterior indica que el Tribunal al desechar la circunstancia de la riña imprevista, sentenció en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Está probado, pues, el segundo motivo de la causal tercera alegada.

Causal 1ª.—Ser la sentencia violatoria de la ley penal sustantiva, por indebida aplicación de la misma.

Por dos motivos ataca el recurrente el fallo del Tribunal, con fundamento en esta causal. 1º Porque no se dio aplicación al artículo 384 del Código Penal, ya que la sentencia desechó la circunstancia atenuante de la riña imprevista, reconocida por el Jurado; y 2º Porque reprimió un concurso material de delitos —homicidio y lesiones— en cambio de un concurso ideal o formal, es decir porque se dio aplicación al artículo 33 del Código Penal en vez del 31 que era el aplicable.

En relación al primer motivo, falta de aplicación del artículo 384 del Código, tiene toda la razón el recurrente, pues ya se vio al estudiar la causal tercera que el veredicto es declarativo de un homicidio preterintencional, cometido en riña imprevista. Luego hubo quebrantamiento del artículo 384 citado al aplicar la penalidad.

"Y en esté orden de ideas —dice el señor Procurador Delegado— cabe anotar que el homicidio ultraintencional no excluye la riña imprevista, sencillamente porque ésta es sólo una forma circunstancial de cometer homicidio o lesiones, y no un delito independiente o *per se*. La riña es cruce de golpes o violencias, en que los combatientes actúan con la intención mutua de inferirse daño. Y ese propósito puede radicar en la representación y la voluntad de causar un simple daño

en el cuerpo o en la salud (lesiones personales), o en el ánimo de matar al adversario (homicidio). Por ese motivo, la ultraintención es conciliable con la riña.

"Tanto es así, que el artículo 384 del estatuto represivo predica la riña imprevista del homicidio y las lesiones, sin hacer distinción alguna acerca de la especie dolosa del delito, y, por lo mismo la pelea puede concurrir con el homicidio premeditado o asesinato, con el simplemente intencional, con el ultraintencional y con el concausal.

"El homicidio por culpa sí sería incompatible con la riña, porque al paso que aquél obedece a una falta de previsión de las consecuencias previsibles del acto, en la riña se quieren dolosamente esas consecuencias. Es decir, estarían enfrentados en un solo hecho el dolo y la culpa, que son antagónicos".

Segundo motivo.—Violación del artículo 33 del Código Penal.

Sostiene el recurrente que el Tribunal reprimió un concurso material de delitos, en cambio de un concurso ideal o formal.

Pero es lo cierto que ni en el auto de llamamiento a juicio, ni mucho menos en el veredicto del Jurado, se dijo que el homicidio y las lesiones los hubiera ocasionado el acusado Landázuri "con un mismo hecho", para que pudiera pensarse en el concurso formal o ideal de infracciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal, que alega el recurrente.

Considera la Sala que al referirse el artículo 31 del Código a la violación de varias disposiciones de la ley penal con un solo hecho, está hablando de aquellas infracciones que no es posible separar, porque, aún siendo varias, su pluralidad es simplemente ideal o más acertadamente ficticia. En estos eventos, uno solo es el hecho y dos o más las disposiciones violadas, mas no por ello puede afirmarse jurídicamente que existan dos infracciones separadamente. De tal suerte que el concurso ideal o formal sucede cuando un solo hecho produce pluralidad de resultados. Es decir, cuando hay unidad del hecho o de la acción delictuosa pero con pluralidad de derechos jurídicos violados.

En cambio, en el caso de autos la pluralidad no es simplemente ideal o ficticia sino efectiva o material, pues los dos delitos, homicidio y lesiones personales, tienen vida *per se*, autónomos, independientes, y no forman o constituyen un delito solo aunque se vengan a sancionar conjunta-

mente con una sola especie de pena, o sea la del delito más grave, con aplicación del artículo 33 del Código Penal, como lo hizo el Tribunal.

Las acciones, tanto físicas como subjetivas desarrolladas por el acusado Landázuri, lo mismo que los daños que produjo con ellas, fueron varios y distintos. La sola pluralidad de sujetos lesionados, en bienes jurídicos completamente separables, destruye el fenómeno del concurso ideal para constituir, en cambio, el concurso efectivo o material de delitos de que trata el artículo 33 citado.

No prospera, pues, este segundo cargo con base en la causal 1ª.

Habiéndose aceptado, en parte, la validez de las causales 3ª y 1ª, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado y que dejó de aplicar el artículo 384 del Código Penal, y como por mandato del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal le corresponde a la Sala invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, es preciso tener en cuenta que como en el presente asunto no concurren circunstancias de mayor peligrosidad, ni otros factores que señala el artículo 36 del estatuto penal, la pena base que debe aplicarse al acusado es la señalada por el artículo 362, o sea ocho años de presidio, en su mínimo, los cuales hay que reducir a la mitad, por tratarse de un homicidio preterintencional (Art. 365). Quedan cuatro años de presidio que hay que reducir a la mitad por haberse consumado el homicidio

en riña imprevista (Art. 384). Es decir, que le corresponden al acusado dos años de presidio por el homicidio en Jacinto Landázuri. Mas, como hay que computar por el sistema de la acumulación jurídica, el delito de lesiones personales en Francisco Landázuri, ello se hará de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 33. Por este aspecto y teniendo en cuenta que las lesiones fueron leves y sólo le ocasionaron ocho días de incapacidad sin otras consecuencias, debe aumentarse la pena principal en tres meses de presidio, dando un total de veintisiete meses de la misma sanción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando en cuanto se condena al procesado Melquisedec Landázuri a la pena principal de seis años de presidio y en su lugar lo condena a la de dos años y tres meses de la misma pena, y en lo demás se confirma, salvo en lo referente a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, que ha de durar por un período igual al de la sanción principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO ES CAUSAL DE IMPEDIMENTO EL PARENTESCO CON EL APODERADO O DEFENSOR DE UNA DE LAS PARTES

Para que exista impedimento por ser el Juez o Magistrado pariente del apoderado o defensor de una de las partes, se requiere la contemporaneidad de las funciones de Juez y defensor. No es, por tanto, motivo de impedimento el hecho de que quien está ligado por parentesco con el Juez o Magistrado lo haya sido con anterioridad dentro del mismo proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo once de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Tribunal Superior de Neiva, en providencia del once del pasado mes, ha sometido a la Corte la manifestación de impedimento que para conocer del proceso contra Francisco Liscano Sánchez hizo el Magistrado doctor Rafael A. Cuervo, por causa de su nexo (tercer grado de consanguinidad) con el doctor Alfonso Díaz Cuervo, ex-defensor del procesado.

La Corte, como fundamento de su decisión, tiene en cuenta los siguientes datos:

a) El doctor Díaz Cuervo fue, en verdad, nombrado defensor de Liscano, durante la última etapa del sumario (doce días antes de su calificación), sin que hubiera tenido actividad alguna;

b) El procesado Liscano nombró al abogado

doctor Tulio Rubiano en la diligencia de notificación del auto de proceder, para que lo defendiera en el juicio, nombramiento que fue reconocido y aquél posesionado legalmente el defensor, y

c) El doctor Rubiano, con la personería del procesado, apeló de dicho auto ante el Tribunal. recurso que —concedido— debía ser decidido por la Sala de que el doctor Cuervo es parte.

Siendo evidente que no es en la actualidad, esto es, en el tiempo de la decisión del recurso, el doctor Díaz Cuervo defensor de Liscano, ha desaparecido el motivo legal del impedimento, y —según la doctrina de la Corte— es la contemporaneidad de las funciones de Juez y defensor en un proceso, la condición que da vida jurídica al motivo.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es legal el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Cuervo, y que puede —por lo tanto— participar en el conocimiento del proceso contra Francisco Liscano Sánchez.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SOLICITUD DE EXTRADICION DE UN CIUDADANO ECUATORIANO

El hecho de que el extraditando no se encuentre en Colombia no impide que la Corte emita concepto favorable a la solicitud de extradición, porque no es a esta entidad, sino al Gobierno al que compete la función de entregar al sujeto cuya extradición se solicita.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo catorce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Gobierno solicita de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, concepto sobre la petición de extradición formulada por la Embajada de la República del Ecuador, del ciudadano ecuatoriano Gilberto Pacheco Benítez, a quien se le imputa la comisión de un delito de desfalco o malversación de fondos de la Caja de Seguro Social Delegación de Esmeraldas.

Pruebas:

A la solicitud de extradición se acompañaron copias debidamente autenticadas de los siguientes elementos:

1º—Del radiograma del Sub-gerente de la Caja de Seguro Social al señor Juez del Crimen de Esmeraldas en donde le hace saber que fiscaliza la oficina de la Caja de Seguro Social aparece un saldo en contra del señor Gilberto Pacheco Benítez por cerca de sesenta mil Suces, “por disposición arbitraria de fondos bajo su custodia”, y ordena instruir el sumario correspondiente.

2º—Del auto cabeza de proceso de 9 de diciembre de 1946, dictado por el Juez del Crimen de la Provincia de Esmeralda, doctor Carlos Alberto Tapias, en virtud del cual se ordena la instrucción del sumario contra el señor Gilberto Pacheco Benítez, por el delito de que se ha hablado.

3º—De las declaraciones de los señores Gusta-

vo Núñez, Fiscalizador de la Caja de Seguro Social; Alfredo Checa Ramírez, Interventor de la misma Caja; Ingeniero C. Octavio Carrera; Modesto Estupiñán, empleado de la Caja del Seguro, rendidas ante el Juez del Crimen en la Provincia de Esmeraldas, sobre la responsabilidad de Gilberto Pacheco Benítez en el delito investigado.

4º—Del Acta de Fiscalización, de 22 de noviembre de 1946, suscrita por el Interventor de la Caja de Seguro, señor Alfredo Checa, sobre puntos relacionados con el desfalco de la Caja en referencia.

5º—Del auto de detención de fecha 13 de diciembre de 1946, proferido por el señor Juez del Crimen de la Provincia de Esmeraldas, doctor Carlos Alberto Tapia, que dice:

“Porque de lo actuado en este proceso sumario, aparecen graves cargos o presunciones de culpabilidad contra el sindicado Gilberto Pacheco Benítez, relativamente al delito de desfalco o malversación de fondos de la Caja de Seguro Social, se ordena la detención de él en la cárcel de esta ciudad, y la prohibición de que enajene o grave los bienes que tuviere, a cuyo efecto se notificará a los señores Notario del Cantón y Registrador de la Propiedad, así como al Alguacil Mayor. Se le oficiará al señor Intendente General de Policía, avisando la detención ordenada, para los fines consiguientes”.

6º—De la disposición penal ecuatoriana infringida por Gilberto Pacheco Benítez que a la letra dice: “Artículo 1º—El artículo 236 del Código Penal dirá: “Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los represente, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso de desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualesquiera otra forma semejante”.

Tramitación:

La solicitud de extradición ha sido tramitada

en conformidad con el artículo 15 del Decreto 2200 de diciembre 2 de 1938, y como se trata de persona incierta, cuya residencia no fue posible averiguar por las autoridades, se dio aplicación a lo dispuesto por el artículo 317 del Código Judicial, emplazándola por medio de edicto y nombrándole —como en efecto se nombró— curador ad-litem al doctor Jorge Gutiérrez Gómez, quien tomó posesión de su cargo y actuó en tal carácter.

Aparecen acreditados los elementos probatorios exigidos por el artículo 709 del Código de Procedimiento Penal y por el artículo 1º del Decreto 2200 citado, en consecuencia, procede la Corte a emitir su concepto en virtud de la atribución conferida por el estatuto procedimental penal en su artículo 710.

Estudio del problema:

El artículo 99 del Código Penal Colombiano dispone que la extradición se ofrecerá o concederá de acuerdo con los tratados públicos y que a falta de éstos el Gobierno puede ofrecer o conceder la extradición conforme a los trámites establecidos en el estatuto procedimental penal, previo dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia en el segundo caso.

Entre Colombia y Ecuador existe un Acuerdo sobre extradición, suscrito por los países Bolivarianos el 18 de julio de 1911, y ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1913. De tal suerte que las disposiciones aplicables al caso sub-judice serán de preferencia las contenidas en dicho Acuerdo.

Los Estados contratantes convinieron mutuamente en entregar a los individuos condenados o simplemente procesados por las autoridades judiciales de los respectivos países, en calidad de autores, cómplices o encubridores busquen asilo o se encuentren en territorio de uno de ellos. Pero este principio —extradición— no se consignó en el tratado público como norma absoluta y libre, sino —como precepto— restringido o condicionado, bien sea a la calidad de la persona cuya extradición se pide; ora a las modalidades que puedan acompañar al hecho, para tipificarlo como delito común o delito político o también a la pena correspondiente, con la cual cada Estado reprime la infracción.

Respecto a las condiciones que el Acuerdo Bolivariano exige, para que haya lugar a extradición y en el caso presente del ciudadano ecuato-

riano Gilberto Pacheco Benítez, se hallan plenamente acreditadas.

En efecto, consta que Gilberto Pacheco Benítez, ciudadano ecuatoriano, está sindicado en el Ecuador del delito de desfalco en la Caja de Seguro Social, Delegación de Esmeraldas, por haber abusado de los dineros públicos puestos bajo su cuidado, delito éste que, de conformidad con el artículo II, ordinal 16 del Acuerdo Bolivariano y aprobado en Colombia por la Ley 26 de 1913, implica motivo de extradición.

Igualmente consta en la documentación presentada, que contra el citado Gilberto Pacheco Benítez se ha dictado auto de detención por autoridad judicial competente ecuatoriana, cumpliéndose así los requisitos exigidos por el artículo VIII del Acuerdo internacional citado.

Además, el hecho imputado al extraditando, está catalogado en Colombia como delito y sancionado con una pena privativa de la libertad cuyo máximo es superior a seis meses. En estas circunstancias se cumple la exigencia del numeral a) del Artículo V del Acuerdo Bolivariano.

Por último, la extradición solicitada por el Gobierno del Ecuador, a que se refieren estas diligencias, se ha hecho por la vía diplomática y se acompañan los documentos que se han relacionado.

De lo anterior se desprende que en el presente caso se han cumplido los presupuestos exigidos por el artículo 1º del Decreto Nº 2200 de 1938, sobre la ejecución del Código de Procedimiento Penal, en lo relativo a la extradición y de manera especial los preceptos del Acuerdo Bolivariano.

El doctor Jorge Gutiérrez Gómez, designado curador ad-litem de Gilberto Pacheco Benítez, en escrito que obra en autos, solicita de la Corte se abstenga de conceptuar sobre la extradición pedida por no haberse proferido por las autoridades ecuatorianas auto de proceder contra el extraditando Pacheco Benítez, y porque éste no se encuentra en Colombia, "luego nuestro Gobierno no puede entregar lo que no tiene".

En cuanto a lo primero, es verdad que contra el señor Gilberto Pacheco Benítez no se ha dictado auto de proceder por las autoridades ecuatorianas, pero sí se dictó auto de detención preventiva, providencia o requisito exigido por el artículo VIII del Acuerdo Bolivariano.

En cuanto a lo segundo, o sea que el extraditando señor Pacheco Benítez no se halla en Colombia y por lo tanto no puede ser entregado por la imposibilidad consistente en que el proce-

sado no está bajo el imperio físico del país solicitado, no es a la Corte a la que compete la función de entregar al sujeto cuya extradición se solicita, sino al Gobierno, lo cual no impide que se emita concepto sobre la extradición, ya que la ausencia del procesado del país donde se cometió el delito es la causa que da lugar a la actuación, y por lo que hace a la tramitación del incidente, en el caso a estudio se cumplieron las formalidades prescritas por la ley, tendientes a la defensa y representación de los ausentes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con fundamento en la

facultad que le confiere el artículo 710 del Código de Procedimiento Penal, emite **CONCEPTO FAVORABLE** sobre la extradición del ciudadano ecuatoriano Gilberto Pacheco Benítez, solicitada por la Embajada del Ecuador en Bogotá, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Cópiese, y devuélvase al Ministerio de Justicia.

**Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vás-
quez—Julio E. Argüello, Secretario.**

LA OMISION DEL REPARTO O LA VIOLACION DE LAS NORMAS QUE LO REGULAN NO ORIGINAN NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION — RAZONES POR LAS CUALES LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION ES IMPROCEDENTE EN JUICIOS EN LOS CUALES INTERVINO EL JURADO — REQUISITOS PARA QUE SEA APLICABLE LA ATENUANTE DE LA IRA O EL INTENSO DOLOR REGULADA POR EL ARTICULO 28 DEL CODIGO PENAL — LA PROVOCAACION DEBE SER SIMULTANEAMENTE GRAVE E INJUSTA — LAS OFENSAS DEBEN GUARDAR ALGUNA RELACION CON EL MOTIVO DETERMINANTE DEL ACTO

1.-El reparto no confiere competencia. Esta la tiene el Juez o Magistrado no en virtud de esa diligencia, sino de la facultad en concreto emanada de la jurisdicción que tienen ciertos funcionarios para administrar justicia, en casos determinados, por factores como el territorio donde se cometió la infracción, la naturaleza del hecho y el fuero que surge de las condiciones del procesado, que limitan aquella jurisdicción por cuanto se refiere al ejercicio de ésta para el conocimiento de los negocios atribuidos por la ley a los funcionarios que expresamente señala con esas atribuciones y facultades.

Por ello dice Florián que la capacidad subjetiva que atañe a la persona del Juez y la constitución del órgano jurisdiccional, se puede considerar en abstracto y en concreto: la primera, considerada en líneas generales; la segunda, en cada caso particular. Aquella la posee el Juez cuando ha sido nombrado según las reglas establecidas por la ley; o sea, cuando, según la ley, es apto para ejercer las funciones que se le señalan. Es decir, atañe a los requisitos inherentes a la persona del Juez en cuanto tal. La capacidad subjetiva en concreto atañe a la posición e idoneidad del Juez en el proceso concreto, pues para que el Juez pueda actuar legítimamente, hace falta que posea también la capacidad subjetiva para ejercer sus funciones en cada proceso.

No teniendo, como no tiene, la diligencia de repartimiento otro efecto que el de buscar que el trabajo judicial sea distribuido de manera equitativa entre los distintos funcionarios que poseen por ministerio de la ley aquellas formas de capacidad subjetiva

para administrar justicia, no es posible asignar a tal diligencia la posibilidad de arrebatar a los funcionarios que gozan de jurisdicción y competencia la prerrogativa o facultad de juzgar un caso determinado, sólo porque se incurrió en una informalidad que no vicia la atribución legal y que únicamente representa una medida de índole reglamentaria para organizar el trabajo judicial en forma que se distribuya por igual entre los distintos funcionarios a cuyo conocimiento corresponde la decisión de los casos que la ley señala como de su competencia. Siendo el proceso penal una sucesión de actos dentro de su misma unidad, es necesaria la distribución de funciones y de trabajo entre los encargados de él, aún dentro de un mismo proceso, los cuales expresarán entonces, en distinta medida, la facultad jurisdiccional de cada uno de los Jueces que desempeñan tales funciones.

Ahora bien, es necesario entender que la incompetencia de jurisdicción que consagra el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, se refiere al caso en que el Juez no tiene la investidura de tal (capacidad subjetiva en abstracto), o cuando carece de competencia para conocer del negocio (capacidad subjetiva en concreto), ya por la naturaleza de éste, o por el lugar del delito, o por la persona sindicada.

Por lo demás, el propio Código Judicial, en su artículo 449, aplicable aquí por ser una disposición común a todos los juicios y no oponerse a lo establecido en el estatuto procesal penal, como lo ordena el artículo 7º de esta obra, resuelve el caso en forma que basta su enunciación para que no sea

menester aducir más razones sobre este punto. Dicho artículo manda que no se puede alegar nulidad por incompetencia de jurisdicción, entre otros casos, por "falta de repartimiento, o de haberse hecho éste indebidamente".

2—En los juicios en que interviene el jurado, no puede la Corte abrir un nuevo debate sobre el examen de los elementos de prueba que informan el veredicto, toda vez que la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario, en el que se confronta la sentencia con las disposiciones legales, en orden a establecer si el juzgador, en vista de las razones propuestas por el demandante, violó o no la ley penal. Y el examen de los elementos probatorios traídos al proceso corresponde a los falladores de instancia y son éstos los que tienen facultad legal para declarar cuándo un veredicto es contrario a la evidencia de los hechos.

En estos o parecidos términos se ha expresado la Corte en casos similares y se ha dicho también que es cierto que al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, la Sala, guiada por un criterio de amplitud dio cabida en algunos casos a la causal segunda de casación del artículo 567 de la ley procedimental, pero a partir del fallo de 3 de noviembre de 1944, la Corte recogió sus conceptos y en sentencias posteriores unificó su doctrina en el sentido de que la causal segunda de casación no puede ser alegada en los juicios en que interviene el jurado, sino únicamente en los juicios ante los jueces de derecho. El examen de la responsabilidad del acusado, no es tema propio del recurso de casación, sino de las instancias del juicio, y es el jurado quien afirma o niega la responsabilidad con fundamento en la libre apreciación de las pruebas, según su íntima convicción. De aquí que la Corte no tenga facultad para abrir en este recurso extraordinario de casación un debate clausurado por la intervención del tribunal de conciencia, que tuvo oportunidad de analizar, por el criterio de la verdad sabida y buena fe guardada, las pruebas del proceso, para afirmar o negar la responsabilidad del acusado.

La propia Comisión redactora del estatuto procesal vigente expresó en las actas el fun-

damento que ha mantenido la Corte para no considerar la causal segunda como motivo de casación en los negocios en que interviene el jurado.

3—Según el artículo 28 del Código Penal, para que la atenuante o modificación de la sanción se opere, es necesario que la provocación sea grave e injusta. En otros términos: la injusticia en la provocación no es una modalidad extraña a estos estados emocionales-pasionales, porque la existencia de aquella circunstancia es precisamente la que determina si la provocación en realidad tiene características de resultar contraria a todo derecho.

El término gravedad en la provocación se condiciona a la índole de la ofensa, para que sea capaz de producir la ira o el intenso dolor, que, como reacciones psíquicas, surgen de aquella determinante. Y la injusticia dice relación no ya a la propia ofensa, sino a la índole de los factores personales o afectivos que proceden del mismo agresor y que motivan su acción, pudiendo decirse, en este orden de ideas, que la gravedad es noción condicionada a la forma como el agredido responde al estímulo que lo determina a obrar, reaccionando contra la agresión. Por lo general, la injusticia proviene del mismo provocador, que, sin derecho alguno, sin razón, estimula o impulsa con su acto la reacción que produce la ira o el dolor en las dos circunstancias que implica la atenuante, no siendo posible, en consecuencia, reconocer ésta si los dos conceptos no operan simultáneamente.

En el caso a estudio se reconoció por el jurado que el procesado había obrado después de haber recibido ofensas de palabra de la víctima con lo cual se pretende situarlo en condiciones de haber obrado por provocación injusta y grave, y movido por ira e intenso dolor. Mas ninguna de estas circunstancias fueron aceptadas por el jurado, pudiendo en consecuencia decirse que la modalidad agregada a la respuesta en que se admitió la responsabilidad, en modo alguno le favorece, por cuanto que configurándose como causal de atenuación en los términos previstos por el artículo 28 del Código Penal, es como si no existiera, y, apreciadas así las cosas, se ve por qué ni el Juzgado ni el Tribunal acogieron la agresión

del veredicto como modificadora de la responsabilidad.

La norma del artículo 28 establece un presupuesto legal con sus características peculiares, y las locuciones que emplea indican el contenido preciso de los elementos indispensables para que opere en un caso dado como atenuante de la responsabilidad y por consiguiente de la pena.

Pero aún admitiendo que pudieran ser tenidas en cuenta las frases con que finaliza la respuesta del jurado, o sea las ofensas de palabra, es apenas natural que éstas guarden alguna relación con la índole del motivo determinante del acto, porque no es posible creer que cualquier ofensa, cualquier ultraje por insignificante que sea, permite aplicar aquella modalidad atenuante de la responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo catorce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Por sentencia de fecha cinco de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, confirmó la del Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, del once de octubre de mil novecientos cincuenta, por la cual condenó a Nicodemus Martínez a la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio (tentativa) en la persona de Aníbal Plazas, ocurrido en la noche del diez de abril de mil novecientos cuarenta en la fracción de "La Puerta", de la comprensión municipal de Tota.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso extraordinario de casación el defensor del procesado, concedido el cual, y surtida la tramitación correspondiente, ha llegado el momento de decidir sobre el recurso interpuesto.

En la demanda respectiva se señalan, en su orden, las causales cuarta, primera, segunda y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos:

Entre Nicodemus Martínez y Aníbal Plazas exis-

tía enemistad de tiempo atrás, por cuestiones personales, en términos que las autoridades de Tota hubieron de intervenir para caucionarlos a efecto de que cesaran en aquella animosidad recíproca. Pero parece que dichos individuos no despreciaban cualquier ocasión que se les presentara para agredirse y causarse perjuicio y fue así como en la tarde del diez de abril de mil novecientos cuarenta, al encontrarse Martínez y Plazas en la tienda de Luis Cardozo, en la vereda de "La Puerta", del Municipio de Tota, el segundo le dirigió al primero alguna imprecación por su presencia allí, por lo que Martínez, sin réplica ni reclamo alguno, en esos momentos, se retiró del establecimiento o tienda de Cardozo, para situarse en un lugar invisible, en el camino que de la tienda conduce a la casa de Plazas, donde esperó, y cuando éste acompañado de Aristides Chaparro, transitaba por allí, le disparó con escopeta desde un matorral, causándole lesiones hacia la región del tórax, producidas con perdigones o municiones, que le produjeron treinta días de incapacidad.

Actuación procesal

El Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo, en auto de diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, llamó a responder en juicio al procesado Nicodemus Martínez por el delito de homicidio (tentativa), en la persona de Aníbal Plazas, providencia que confirmó el Tribunal Superior de la misma ciudad, según auto del once de diciembre del mismo año de mil novecientos cuarenta y seis.

Al jurado de conciencia se le propuso el siguiente cuestionario:

"El acusado Nicodemus Martínez, varón mayor de edad, natural de Tota y vecino de dicha población en abril de 1940, hijo de Espíritu Martínez y María Chaparro, es responsable del delito de homicidio (tentativa), perpetrado en la persona de Aníbal Plazas a consecuencia de un disparo de arma de fuego de corto alcance (escopeta), que le produjo los desastres descritos en los respectivos reconocimientos, según hecho realizado en las primeras horas de la noche del diez de abril de mil novecientos cuarenta, en la fracción de 'La Puerta', de la comprensión municipal de Tota, en las cercanías de la tienda de Luis Cardozo".

La respuesta fue:

"Sí es responsable después de haber recibido ofensas de palabra por la víctima".

El Juez Primero Superior profirió sentencia el once de octubre de mil novecientos cincuenta en que se impuso al procesado la pena principal de cuatro años de presidio y las accesorias correspondientes, fallo que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, con fecha cinco de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, confirmó en todas sus partes, diciendo que el veredicto del jurado no estructuraba la circunstancia modificadora referente al estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación.

Causales de casación

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en juicio viciado de nulidad.

La Corte estudiará en primer término esta causal, de una parte porque así la presenta el libelo, y, además, porque de prosperar haría innecesario el estudio de las otras alegadas.

La demanda la fundamenta en dos motivos principales:

a) Incompetencia de jurisdicción, por cuanto en la época en que el delito se cumplió, el procesado no tenía la edad legal que da competencia a los Jueces Superiores para juzgar un homicidio, sino que estaba sometido a la jurisdicción especial para menores, pues no había cumplido diez y ocho años, edad que determinan los artículos 34 y 46 del Código Procesal Penal y la ley 83 de 1946, orgánica de la defensa del niño, como límite a efecto de que la justicia ordinaria no conozca de los procesos seguidos a quienes por razón de su edad gozan del fuero de ser juzgados por los Jueces de Menores, de conformidad con procedimientos especiales.

b) Incompetencia de jurisdicción, en virtud de que el negocio, en las varias ocasiones en que subió al Tribunal, no fue adjudicado al mismo Magistrado que le correspondió en el primer repartimiento.

En cuanto al primer motivo, nada existe en el proceso que corrobore la afirmación del actor, a quien le hubiera sido en extremo fácil comparar las fechas de la ejecución del delito y el acta de nacimiento, para deducir que ese cargo contra la sentencia no estaba comprobado. La demanda sobre este punto se limita, no a aquella sencilla y diáfana explicación, tan procedente y definitiva, sino a una serie de consideraciones teóricas de

indiscutible fuerza ello es cierto, si en realidad la comparación de las fechas hiciese verdadero que al procesado se le había juzgado por un Juez incompetente, ya que gozaba de fuero especial, en virtud de las normas legales antes citadas.

De la misma partida de nacimiento que el actor acompañó a la demanda se deduce que el procesado Nicodemus Martínez nació en veinticinco (25) de enero de mil novecientos veintidós (1922), y como el delito, según las constancias procesales, se ejecutó el diez (10) de abril de mil novecientos cuarenta (1940), es obvio que Martínez tenía la edad de diez y ocho años, dos meses y diez y seis días, edad suficiente para radicar la competencia en Jueces distintos del de Menores, a quien la ley apenas autoriza juzgar de los delitos cometidos por menores de 18 años, de conformidad con los textos a que antes se ha hecho mención.

No es precisa otra argumentación para desechar el primer motivo invocado.

En cuanto al segundo, resulta cierto, porque así lo demuestran las constancias procesales, que cuando el negocio contra Martínez subió por primera vez al Tribunal en apelación formulada contra el auto de proceder, le correspondió en el reparto al Magistrado doctor Luis María Ortiz, según la nota de fecha 12 de abril de 1945, que se encuentra en el folio 75 del cuaderno principal. En este mismo cuaderno y a fls. 90 existe también constancia de que cuando subió nuevamente el proceso al Tribunal, por apelación contra el auto de proceder, dictado esta vez por el Juez Superior de Santa Rosa de Viterbo, en virtud de haber revocado el Tribunal el auto del Juzgado 1º del Circuito de Sogamoso, para darle al hecho fisonomía de homicidio imperfecto en su especie de tentativa, en lugar de lesiones personales, como había calificado el Juzgado del Circuito, ya esta vez el reparto fue hecho al Magistrado doctor Virgilio J. Suárez, como consta en la nota de fecha 12 de septiembre de 1946.

Mas en nuevo repartimiento con ocasión de llevar el proceso al Tribunal por apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia dictada por el Juez Superior, de conformidad con el veredicto del Jurado, el reparto correspondió al Magistrado doctor Becerra, según constancia de fecha 2 de noviembre de 1950, visible a fls. 1º del cuaderno 3º.

La demanda afirma que estos hechos constituyen nulidad por incompetencia de jurisdicción, porque los repartos tuvieron lugar en un mismo

período legal de la Magistratura y de funcionamiento del Tribunal y porque "la anomalía acusada alteró el modo de ejercer el Tribunal sus atribuciones, ya que en la segunda ocasión conoció como ponente un Magistrado que no tenía por qué conocer de él, vale decir que no tenía jurisdicción, y entró a formar parte de la Sala otro Magistrado que no tenía por qué formar parte de ella, con todo lo cual la Sala de Decisión, así compuesta, no adquiriría en forma regular la jurisdicción que por su medio ejercía el Tribunal, con lo cual éste mismo no la adquirió en forma legal. Y la jurisdicción aunque se tenga en la permanencia y sustancia de una disposición legal, sólo se puede ejercer, y aún adquirir para ejercerla, con la observancia de esas normas".

Es menester decir que el procedimiento del reparto, en la forma anotada en el expediente, puede ser anómalo e irregular, pero al mismo tiempo no constituye el vicio que la demanda le asigna de privar de jurisdicción y de competencia a los Magistrados que por los sucesivos repartimientos conocieron del proceso, en Salas de Decisión en que, por cierto, algunos de ellos ya habían tomado parte en las varias ocasiones en que el negocio llegó al Tribunal para surtir la segunda instancia de las decisiones y providencias de primer grado.

Para que fuese justa la crítica que la demanda formula sobre la irregularidad del repartimiento, como constitutiva de nulidad por el primer ordinal del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, tendría que aceptarse la tesis de que es la diligencia de repartimiento la que confiere la jurisdicción al Juez o Magistrado para fallar determinado negocio. Ello no es así, porque la jurisdicción con que actuaron dichos funcionarios se la otorga la facultad emanada de la ley de administrar justicia por delegación del Estado y que corresponde a los funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público, quienes por esta misma circunstancia ejercen dicha facultad con una capacidad *ad hoc*, indispensable para actuar como tales. Es, pues, la investidura, propiamente dicha, que confiere el nombramiento y posesión en aquella rama de los poderes públicos, la que señala la capacidad subjetiva abstracta para cumplir las funciones que se derivan de tal facultad delegada, en orden a la administración de justicia, sin cuya investidura no podrían hacerlo, a menos de usurpar funciones públicas.

Pero el reparto tampoco confiere competencia. Esta la tiene el Juez o Magistrado no en virtud

de esa diligencia, sino de la facultad en concreto emanada de la jurisdicción que tienen ciertos funcionarios para administrar justicia, en casos determinados por factores como el territorio donde se cometió la infracción, la naturaleza del hecho y el fuero que surge de las condiciones del procesado, que limitan aquella jurisdicción por cuanto se refiere al ejercicio de ésta para el conocimiento de los negocios atribuidos por la ley a los funcionarios que expresamente señala con esas atribuciones y facultades.

Por ello dice Florián, que la capacidad subjetiva que atañe a la persona del Juez y la constitución del órgano jurisdiccional, se puede considerar en abstracto y en concreto; la primera, considerada en líneas generales; la segunda, en cada caso particular. Aquella, la posee el Juez cuando ha sido nombrado según las reglas establecidas por la ley; o sea, cuando, según la ley, es apto para ejercer las funciones que se le señalan. Es decir, atañe a los requisitos inherentes a la persona del Juez en cuanto a tal. La capacidad subjetiva en concreto atañe a la posición e idoneidad del Juez en el proceso concreto, pues para que el Juez pueda actuar legítimamente, hace falta que posea también la capacidad subjetiva para ejercer sus funciones en cada proceso.

No teniendo, como no tiene, la diligencia de repartimiento otro efecto que el de buscar que el trabajo judicial sea distribuido de manera equitativa entre los distintos funcionarios que poseen por ministerio de la ley aquellas formas de capacidad subjetiva para administrar justicia, no es posible asignar a tal diligencia la posibilidad de arrebatar a los funcionarios que gozan de jurisdicción y competencia la prerrogativa o facultad de juzgar un caso determinado, sólo porque se incurrió en una informalidad que no vicia la atribución legal y que únicamente representa una medida de índole reglamentaria para organizar el trabajo judicial en forma que se distribuya por igual entre los distintos funcionarios a cuyo conocimiento corresponde la decisión de los casos que la ley señala como de su competencia. Siendo el proceso penal una sucesión de actos dentro de su misma unidad, es necesaria la distribución de funciones y de trabajo, entre los encargados de él, aún dentro de un mismo proceso, los cuales expresarán entonces, en distinta medida, la facultad jurisdiccional de cada uno de los Jueces y que desempeñen tales funciones.

Ahora bien, como lo dice la Procuraduría, es necesario entender que la "incompetencia de ju-

jurisdicción que consagra el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, se refiere al caso en que el Juez no tiene la investidura de tal (capacidad subjetiva en abstracto), o cuando carece de competencia para conocer del negocio (capacidad subjetiva en concreto), ya por la naturaleza de éste, o por el lugar del delito, o por la persona sindicada”.

Por lo demás, el propio Código Judicial en su artículo 449, aplicable aquí por ser una disposición común a todos los juicios y no oponerse a lo establecido en el estatuto procesal penal, como lo ordena el artículo 7º de esta obra, resuelve el caso en forma que basta su enunciación para que no sea menester aducir más razones sobre este punto. Dicho artículo manda que no se puede alegar nulidad por incompetencia de jurisdicción, entre otros casos, por “falta de repartimiento, o de haberse hecho éste indebidamente”. Y ello tiene que ser así, porque el repartimiento no tiene distinto objetivo —se repite— que la distribución equitativa del trabajo entre distintos funcionarios de la misma categoría.

Conviene anotar finalmente, que de acuerdo con el artículo 41 del Código Procesal Penal son aplicables al procedimiento penal las reglas generales sobre competencia contenidas en el Título X del Código Judicial. Examinadas estas normas, ninguna se encuentra en el sentido de preceptuar que la jurisdicción se suspende o pierde por defectos del repartimiento; y lo que es más significativo todavía, el artículo 148 de la misma obra no señala entre las causales que constituyen usurpación de jurisdicción, la circunstancia de corresponder un negocio en repartimiento a otro Magistrado distinto del que primero conoció de él por igual motivo.

Bastan las anteriores razones para responder a los cargos de la demanda en lo tocante con la causal de nulidad, la que por lo tanto no prospera.

La demanda invoca otro motivo de casación con base en la causal primera, y la fundamenta así:

En primer término —expresa— no sólo hubo violación de la ley procedimental, según referencia hecha al tratar de la causal primeramente invocada, por incompetencia de jurisdicción, sino que se violaron también normas del Código Penal, ya que además de la detención preventiva a que fue sometido el procesado Martínez, le impuso la sentencia que lo condenó cuatro años de presidio, bastando decir que el fallo recurrido contiene una pena para un menor, y no medidas de seguridad, lo que implica violación de normas

del Código de las penas, y del procedimiento, lo cual constituye la más indebida aplicación de la ley penal.

Alrededor de este tema hace la demanda algunas consideraciones tendientes a demostrar la inconveniencia de la pena impuesta, cuando ha debido someterse al procesado a las medidas de seguridad, aplicables a los menores, y concluye que también por este aspecto se case la sentencia, con fundamento en el artículo 201 del Código de Procedimiento Penal.

Se replica:

Ya se ha dejado aclarado debidamente cómo no hubo incompetencia de jurisdicción por parte de los Jueces que conocieron del proceso, e igualmente es menester afirmar al hacer referencia a este otro aspecto de la cuestión que las penas impuestas al procesado Nicodemus Martínez son las pertinentes de conformidad con las normas penales aplicables a procesados mayores de diez y ocho años, de donde se infiere que tanto en el orden procedimental, como en la aplicación de las sanciones, se procedió con sujeción a las normas penales, en el proceso que es materia de estudio.

De acuerdo con este criterio se halla el señor Procurador, por lo cual, la casación, por esta causal, tampoco puede prosperar.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Expone el actor que la sentencia recurrida negó a la confesión del procesado el único valor que tiene, pues según el expediente, después de que Martínez fue objeto de ultrajes y provocaciones por parte de Plazas, aquél salió y a poca distancia de la tienda de Cardozo, tuvo el grave incidente que determinó las lesiones recibidas por Plazas. Sostiene que Aristides Chaparro, de quince años y dependiente de Plazas, quien acompañó a éste inicialmente en su salida de la tienda, se encontraba a distancia del lesionado cuando culminó el hecho, de donde se deduce que su testimonio carece de credibilidad, por lo cual la confesión de Martínez es el único criterio judicial de verdad, porque describe las condiciones en que obró que no son otras que la justificación del acto (artículo 25, inc. 2º del C. P.) y por tanto la sentencia implica violación del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

El señor Procurador estima que la causal segunda resulta inoperante. Que la tesis del demandante sobre indivisibilidad de la confesión de Martínez y la existencia de la legítima defensa, llevarían a la Corte a desconocer el veredicto y a declararlo injusto y esa atribución no la tienen sino los juzgadores de instancia.

Considera la Corte:

En los juicios en que interviene el jurado, no puede la Corte abrir un nuevo debate sobre el examen de los elementos de prueba que informan el veredicto, toda vez que la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario, en el que se confronta la sentencia con las disposiciones legales, en orden a establecer si el juzgador, en vista de las razones propuestas por el demandante, violó o no la ley penal. Y el examen de los elementos probatorios traídos al proceso corresponde a los falladores de instancia y son éstos los que tienen facultad legal para declarar cuándo un veredicto es contrario a la evidencia de los hechos.

En estos o parecidos términos se ha expresado la Corte en casos similares y se ha dicho también que es cierto que, al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, la Sala, guiada por un criterio de amplitud dio cabida en algunos casos a la causal segunda de casación del artículo 567 de la ley procedimnetal, pero a partir del fallo de 3 de noviembre de 1944, la Corte recogió sus conceptos y en sentencias posteriores unificó su doctrina en el sentido de que la causal segunda de casación no puede ser alegada en los juicios en que interviene el Jurado, sino únicamente en los juicios ante los jueces de derecho. El examen de la responsabilidad del acusado, no es tema propio del recurso de casación sino de las instancias del juicio y es el Jurado quien afirma o niega la responsabilidad con fundamento en la libre apreciación de las pruebas, según su íntima convicción. De aquí que la Corte no tenga facultad legal para abrir en este recurso extraordinario de casación un debate clausurado por la intervención del Tribunal de conciencia que tuvo oportunidad de analizar, con el criterio de la verdad sabida y buena fe guardada, las pruebas del proceso para afirmar o negar la responsabilidad del acusado.

La propia Comisión Redactora del estatuto Procesal vigente expresó en las Actas el fundamento que ha mantenido la Corte para no considerar la

causal segunda como motivo de casación en los negocios en que interviene el Jurado.

"Hemos dicho —expresan las Actas— que no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto, tenemos ya que en las causas de que va a conocer el Juzgado Superior, la **casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos** puesto que éstos son los que declaró el Jurado, y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia". (Subraya la Corte).

No prospera, por tanto, esta causal.

Causal tercera

Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

Manifiesta el actor que al decir los jueces de conciencia que Martínez "sí es responsable después de haber recibido ofensas de palabra por la víctima", afirmaron un hecho modificador de la responsabilidad y situaron el ilícito en la hipótesis de la provocación prevista por el artículo 28 del Código Penal, contra la consideración de la sentencia de que tal veredicto consagra una responsabilidad neta, sin asignar en la calificación jurídica del delito y en la graduación de la pena impuesta, valor alguno a la circunstancia o móvil determinante descrito por el Jurado, prescindiendo el fallo de considerar y aplicar el referido artículo 28 del Código Penal, con cuyo proceder se apegó a jurisprudencias según las cuales el veredicto debe contener estrictamente todas las partes o elementos de la disposición penal aplicable, no siendo dable al Juez de derecho llenar sus deficiencias o vacíos para acomodarlos a determinada disposición, consagrando las modificaciones de responsabilidad y de pena resultantes de tal adaptación y más cuando en el curso de la causa, la defensa ha invocado jurisprudencias contrarias, según las cuales el Juez sí tiene la facultad de acomodar el veredicto a la disposición penal que sustancialmente le sea aplicable.

Para la Procuraduría la causal tercera de casación carece de fundamento y sitúa su concepto en consideraciones jurídicas en que sintetiza cómo el homicidio y las lesiones privilegiados por la excusa de la provocación, requieren condiciones especiales que deben estar plenamente demostradas en los procesos que se siguen sin intervención del Jurado, o hallarse claramente consignadas en

el veredicto cuando actúan los jueces de conciencia.

Tal modalidad —agrega— supone que el sujeto activo del delito sea víctima de una ofensa grave e injusta, determinante de ira o de intenso dolor moral, y que bajo ese estado emocional o pasional, realice el hecho. Por tanto, en ese proceso objetivo y subjetivo de la provocación debe existir un vínculo de causalidad, un nexo necesario, porque si hay ira o dolor moral intenso, pero su origen no radica en ofensa grave e injusta, la atenuante específica del artículo 28 del Código Penal es inoperante, y quien procede en esa forma apenas debe ser beneficiado con la circunstancia accesoria de menor peligrosidad prevista por el artículo 38, numeral 3º de la obra citada.

Se exigen esos presupuestos esenciales, precisamente para diferenciar la excusa referida, de aquellas reacciones explosivas, de alta peligrosidad, que obedecen a descargas de complejos o de constelaciones anímicas lejanas y antiguas, o a manifestaciones de una personalidad enferma del espíritu, reacciones en las cuales la ofensa recibida es sólo la gota de agua que hace desbordar el vaso, en cuyo caso la provocación viene a ser algo secundario u ocasional en la génesis del delito resultante, porque la raíz de éste se halla mucho más honda y oculta porque está en la zona de los instintos o en el anormal funcionamiento de la afectividad del sujeto, delincuencia de tal naturaleza que jamás puede reprimirse con la atenuante extraordinaria que regula el artículo 28 del Código Penal.

En el caso a estudio, el veredicto habla únicamente de ofensa de palabra, sin especificar si fue grave e injusta y si produjo en el procesado, estado de ira e intenso dolor, con lo cual se omitió reconocer la mayoría de los elementos sustanciales que integran la provocación, según el artículo 28 citado, porque la respuesta del Jurado, de que sí era responsable Martínez, “después de haber recibido ofensas de palabra”, es una manifestación tan amplia e indeterminada, que se presta a distintas interpretaciones, pudiendo pensarse que el acusado reaccionó con premeditación, o con dolo de ímpetu, que su acto fue el producto de una ofensa baladí o desproporcionada al estímulo, o el estallido de una ira justa y gravemente provocada, y ante expresiones tan vagas y equívocas no se pueden aplicar normas excepcionales de la ley, que requieren la existencia de hechos claros e indubitables.

Afirma por último, que es cierto que el Jurado

no tiene por qué emplear en el veredicto palabras técnicas, propias de especialistas en derecho; pero que como su misión es la de calificar los hechos materia del debate, al contestar el cuestionario, debe necesariamente consignar esos hechos para que el juzgador disponga de base firme y cierta, al proferir la sentencia; de lo contrario, ésta se redactaría de acuerdo con el propio criterio jurídico del Juez, y no con el veredicto, según lo ordena la ley. Y que la omisión en este caso, por parte de los jurados, acerca de los requisitos que integran la excusa de provocación, fue algo consciente y deliberado, ya que el señor defensor invocó subsidiariamente la aplicación del artículo 28 del Código Penal, aceptando hipotéticamente la tentativa de homicidio, pero que ese hecho pudo cometerse en estado de ira causada por grave e injusta provocación.

Que la provocación, según la defensa, consistió en el hecho de haber humillado Plazas a Martínez, ordenándole que se saliera de la tienda por ser su enemigo, lo que no es una provocación grave e injusta. Finaliza el señor Procurador pidiendo no se case la sentencia recurrida.

Se considera:

En varias ocasiones la Corte ha tenido oportunidad de producirse sobre el particular y la doctrina al respecto ha sido constante, por lo cual a, pesar de las muy interesantes observaciones de la demanda, la Sala encuentra que la jurisprudencia mantenida no puede ser modificada.

La forma en que ha quedado planteado el tema propuesto en la demanda conduce a la necesidad de considerar importantes presupuestos sobre la manera de integrar el Código la figura contenida en el artículo 28 del Código Penal, varias veces expuesta, pero no suficientemente comprendida, y todavía susceptible de equivocadas interpretaciones, de desarrollos y alcances que no se compaginan con la índole legal de la atenuante y con el contenido verdadero que incluye en sus cláusulas.

No es extraña a este problema la manera como se desarrolla el debate judicial, hasta producir un veredicto que establezca modalidades específicas en la índole de la responsabilidad de un determinado caso de delincuencia.

Se pretende que por incluir la respuesta del Jurado las ofensas de palabra que recibiera el procesado, de la víctima, entraña ello un hecho modificador de la responsabilidad, y precisa, por tanto, verificar en el caso a estudio, si el veredicto contiene o no, dentro de sus términos, los ele-

mentos jurídicos que integran la excusa de provocación consagrada por el artículo 28 del Código Penal, y si por consiguiente, ocurre atenuación de la responsabilidad, susceptible de modificar la penalidad que corresponde al reo.

El Jurado en la respuesta admitió la responsabilidad del procesado, agregando haber obrado luego de recibir ofensas de palabra de la víctima. Así las cosas, es menester estudiar si la modalidad admitida por el Jurado se conforma con los términos del artículo 28 en cita y si por consiguiente su aplicación se impone al procesado Martínez.

Según esta disposición, para que la atenuante o modificación de la sanción se opere, es necesario que la provocación sea grave e injusta. En otros términos: la injusticia en la provocación no es una modalidad extraña a estos estados emocionales-pasionales, porque la existencia de aquella circunstancia es precisamente la que determina si la provocación en realidad tiene características de resultar contraria a todo derecho.

El término gravedad en la provocación se condiciona a la índole de la ofensa, para que sea capaz de producir la ira o el intenso dolor, que como reacciones psíquicas, surgen de aquella determinante. Y la injusticia dice relación no ya a la propia ofensa, sino a índole de los factores personales o afectivos que proceden del mismo agresor y que motivan su acción, pudiendo decirse, en este orden de ideas, que la gravedad es noción condicionada a la forma como el agredido responde al estímulo que lo determina a obrar, reaccionando contra la agresión. Por lo general, la injusticia proviene del mismo provocador, que sin derecho alguno, sin razón, estimula e impulsa con su acto la reacción que produce la ira o el dolor en las dos circunstancias que implica la atenuante, no siendo posible, en consecuencia, reconocer ésta, si los dos conceptos no operan simultáneamente.

En el caso a estudio se reconoció por el Jurado que el procesado había obrado después de haber recibido ofensas de palabra de la víctima, con lo cual se pretende situarlo en condiciones de haber obrado por provocación injusta y grave, y movido por ira e intenso dolor. Mas, ninguna de estas circunstancias fueron aceptadas por el Jurado, pudiendo en consecuencia decirse que la modalidad agregada a la respuesta en que se admitió la responsabilidad, en modo alguno le favorece, por cuanto que configurándose como causal de atenuación en los términos previstos por

el artículo 28 del Código Penal, es como si no existiera, y apreciadas así las cosas, se ve por qué ni el Juzgado ni el Tribunal acogieron la agregación del veredicto como modificadora de la responsabilidad.

La norma del artículo 28 establece un presupuesto legal con sus características peculiares, y las locuciones que emplea indican el contenido preciso de los elementos indispensables para que opere en un caso dado como atenuante de la responsabilidad y por consiguiente de la pena.

Pero aún admitiendo que pudieran ser tenidas en cuenta las frases con que finaliza la respuesta del Jurado, o sea las ofensas de palabra, es apenas natural que éstas guarden alguna relación con la índole del motivo determinante del acto, porque no es posible creer que cualquier ofensa, cualquier ultraje por insignificante que sea, permita aplicar aquella modalidad atenuante de la responsabilidad. Y bien puede apreciarse que en el caso de autos, el motivo determinante fue el hecho de haberle ordenado Plazas a Martínez que se saliera de la tienda por ser su enemigo, lo que puede considerarse como una provocación, pero no con las características de gravedad e injusticia que prevé el artículo 28 del Código Penal.

Si con tal criterio se juzga este proceso, se advierte inmediatamente que ninguna de las presuntas ofensas de la víctima, tienen capacidad bastante para provocar una reacción tan intensa y tan desproporcionada, como la que produjo el hecho inculcado a Martínez.

De admitir otra cosa, equivaldría ello a dar carta blanca a los más impulsivos y violentos para atentar contra la vida humana o contra la integridad personal por el más ligero o baladí de los motivos. Una mirada, un gesto, un grito, una expresión insignificante, serían bastantes para reaccionar y matar o herir sin que las consecuencias penales del acto merecieran sanción adecuada al delito, ni proporcionada a la personalidad de quienes, por obrar con emoción e impulsivamente, pretenden ser objeto de benignidad en la pena.

Es cierto que el Jurado puede calificar los hechos de modo que con sus propias palabras produzca consecuencias que digan relación al problema legal que plantea el cuestionario, y aquel Tribunal decide en conciencia, ciñéndose a lo preceptuado de que el veredicto responda a la brevedad de la explicación, permitida por la ley. Pero de esto a aceptar que cualquier expresión aditiva del Jurado en el reconocimiento de la res-

ponsabilidad, con tal de que contenga parecido o semejante significado a las locuciones o modalidades que el Código Penal emplea para estructurar la atenuante, implique la aceptación de ésta, existe una fundamental diferencia.

Ya se ha dicho que la doctrina de esta Sala tiene resuelto que lo que es permitido al Juez es a saber: "que en ningún caso puede completar el pensamiento del Jurado haciéndole decir lo que no dijo expresamente, porque una interpretación caprichosa basada en esas suposiciones o conjeturas no está autorizada por la ley; al contrario, puede considerarse prohibida, porque equivale a desconocer el veredicto".

Idéntico principio consagró también la Sala, cuando dijo:

"Porque si es verdad que a los miembros del Jurado no se les exige el empleo de fórmulas sacramentales —que en realidad no existen— cuando se trata de definir un delito y de concretarlo no deben quedar por fuera los elementos sustanciales que lo componen y sin los cuales la figura quedaría incompleta o presentaría un caso distinto". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXIII, número 2053-2054).

Caso distinto se presentaría si por ejemplo se confundiera la circunstancia modificadora con la de menor peligrosidad. Y esto es lo que ocurre cuando el veredicto no incluye en sus términos todos los factores que permitan una adecuada sujeción a los presupuestos legales que estructuran una determinada modalidad del delito.

La doctrina que aquí se sustenta tiene una larga tradición jurisprudencial y resulta innecesario hacer referencia expresa a múltiples decisiones de esta Sala, en las que se ha fijado el alcance y el verdadero sentido jurídico del artículo 28, en todas las cuales el pensamiento fundamental no ha variado sobre la afirmación de que para poder aplicar jurídicamente la atenuante que esa disposición consagra, como circunstancia modificadora de una infracción penal, es esencial para la existencia de la misma que el estado pasional o emocional surgido de la ira o del intenso dolor, uno cualquiera de estos factores sea causado por una provocación de doble índole, es decir, injusta y grave. Si uno de estos términos que igual y conjuntamente señala la ley, o ambos faltan, como ocurre en el presente caso, bien sea en el veredicto o en la apreciación de las circunstancias en que el delito se haya cumplido, no es el caso de

reducir la responsabilidad ni de atenuar la pena.

Propósito perseguido por el legislador al dictar la norma del artículo 28 fue acabar con el casuismo predominante en la legislación antigua y por ello dijo la Comisión Redactora del estatuto penal vigente que la disposición citada "comprende los casos de provocación dentro de una fórmula general para evitar el casuismo en que incurre el Código Penal vigente (el de 1890), especialmente en lo que se refiere al homicidio atenuado". (Trabajos Preparatorios del nuevo Código Penal, acta número 59, página 177, tomo 1º).

Al revisar la tradición legislativa del país en orden a crear la figura en estudio, se advierte de manera inmediata que desde el Código de Concha los estados de pasión por arrebató de ira y de dolor intenso fueron condicionados a una provocación injusta y que las posteriores modificaciones introducidas a tal figura por las Cámaras Legislativas y Comisiones de Reforma posteriores, dejaron intacto el criterio de la injusticia para provocar la reacción pasional-emocional, causa de la atenuante, pero agregándole también "la palabra 'grave' al tratar de provocación injusta", tendiente ello a evitar que se pueda alegar cualquier ultraje o provocación, por pequeños que sean, para obtener una disminución de la pena tan considerable como el artículo establece.

Las anteriores consideraciones son bastantes para que la causal alegada en el libelo deba rechazarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cinco de marzo de mil novecientos cincuenta y uno por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo condenó a Nicodemus Martínez a la pena principal de cuatro años de presidio por el delito de homicidio (tentativa) en la persona de Aníbal Plazas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno.
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vázquez—Julio E. Argüello, Secretario.

DELITO DE DETENCION ARBITRARIA.—REQUISITOS PARA QUE LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE POLICIA PUEDAN GOZAR DE LOS PRIVILEGIOS O PRERROGATIVAS QUE EN LO TOCANTE CON SU DETENCION, LES CONCEDE LA LEY

Respecto de los funcionarios de la policía las leyes conceden ciertos privilegios y prerrogativas, pero es innegable que exigen igualmente de ellos que en el desempeño de sus funciones procedan con el más estricto sentido de responsabilidad y del alcance tan delicado de su misión preventiva. Pues no sería adecuado en un régimen de instituciones legales fundadas en principios democráticos, que ciertos funcionarios gozaran de prerrogativas y derechos especiales, sin que correlativamente se les exigiera a los mismos, en el cumplimiento de sus deberes, un desempeño por lo menos tan prudente, que guarde relación con la índole de los privilegios concedidos.

Y esas prerrogativas exigen siempre, como condición indispensable para su otorgamiento, que los agentes de la policía obren en forma que no se excedan en el desempeño de su cargo, cuando obran en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas, de modo que si no se cumple este requisito, no es posible pretender que esas prerrogativas comprendan a este género de funcionarios públicos. Por lo mismo, en un caso dado, es indispensable averiguar si se satisfizo el lleno de esas condiciones, pues de lo contrario, no podría dársele cumplimiento a los mandatos legales que señalan esa clase de privilegios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo veinte de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el auto de fecha treinta de julio de mil novecientos cincuenta y uno, por el

cual sobresee definitivamente en favor del doctor Juan B. Serrano, Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña, por los cargos que se le hicieron en este proceso.

Surtida la tramitación propia de la instancia y oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, es llegado el caso de resolver, para lo cual se tiene en cuenta lo siguiente:

El 17 de junio de 1948, el Juzgado Municipal de Ocaña, por oficio que le dirigió la Alcaldía del mismo lugar, inició investigación por lesiones personales y violación de domicilio en perjuicio de Campo Elías Mogollón, hechos ocurridos en aquella ciudad en la noche del 13 del mismo mes y de que resultan sindicados varios agentes de la policía de Ocaña.

El negocio pasó al conocimiento del Juzgado Primero Penal del Circuito de Ocaña a cargo del doctor Juan B. Serrano, quien dispuso el 28 de julio siguiente la detención preventiva de los agentes Jorge Enrique Quintero, Juan Alsina, Antonio Guillín, Emeterio Saravia y Efraín Carrascal, solicitando al mismo tiempo la suspensión del cargo que desempeñaban.

La Secretaría de Gobierno de Cúcuta en telegrama de 12 de agosto de 1948, dirigido al Tribunal Superior de Pamplona dice:

"Este Despacho tiene conocimiento Juez Primero Penal Circuito Ocaña mantiene detenidos cárcel agentes policía municipal intervinieron en un incidente en ejercicio de sus funciones con violación norma establecida inciso segundo artículo 392 del Código de Procedimiento Penal. Que informe de dicho Juez de que se trata de ex-agentes es falso. Como tratase expresado funcionario está cometiendo delitos definidos la ley presento ante ustedes denuncia para que dispongan adelantese investigación correspondiente. Atto. servidor, Manuel Guzmán Prada, Srio. Gobierno".

Este despacho telegráfico dio origen a la formación del proceso.

Consta además, que el Ministerio de Justicia ordenó la práctica de una inspección o examen

en el sumario contra los agentes de la policía y del informe correspondiente aparecen cargos contra el Juez de Circuito citado, así:

1º Que la detención en el sumario relacionado se decretó el 28 de julio siguiente contra los agentes Quintero y Alsina, como autores materiales, y contra Guillín, Sarabia y Carrascal como coautores o auxiliares, siendo "muy endeble en sus fundamentos en cuanto a los tres últimos", ya que no existía aún prueba que precisara su participación como coautores.

2º Demora en conceder la apelación que el señor Personero Municipal interpuso contra el auto en que se decretó la detención preventiva de los sindicatos, toda vez que el recurso se interpuso el 29 de julio del mismo año, pero en 3 de septiembre siguiente, fecha de la visita ordenada por el Ministerio, no se había resuelto aún la apelación.

3º Haberse negado el Juez a recibir indagatoria a los sindicados con asistencia de su apoderado doctor Santiago Rizo Lobo y haberles designado como tal a uno que no era abogado inscrito.

4º Que el auto de 4 de agosto de 1948, por medio del cual se ordenó la captura de los sindicados Alsina y Carrascal, no tenía la firma del Juez ni la del Secretario y sin embargo fue cumplido.

De los hechos relacionados surge que se sindicó al Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña, doctor Juan B. Serrano, de los delitos de detención arbitraria y abuso de autoridad y otras infracciones por los cuales se levantaron dos expedientes que luego fueron acumulados según auto del folio 50.

Habría, pues, de estudiarse por separado cada uno de estos ilícitos.

Detención arbitraria

En virtud del auto de detención en referencia, aparece que en el mes de agosto de 1948 se libró boleta para encarcelar a los sindicatos Quintero y Guillín y que con fecha 23 de septiembre siguiente se ordenó el de Alsina, Sarabia y Carrascal. Consta también que de los agentes relacionados tres fueron suspendidos de sus cargos y que cuando esto ocurrió Alsina y Carrascal ya habían dejado de pertenecer a la policía.

Como puede verse del denuncia transcrito, la violación se fundamenta en el inciso 2º del artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, que prohíbe detener a los agentes de la policía y suspenderlos de sus empleos sin que preceda auto

de proceder, cuando el hecho de que se les sindicó se haya verificado en ejercicio de sus funciones propias del cargo y no hayan procedido con exceso.

Existe prueba de que los sindicados en el sumario por lesiones y violación de domicilio, los nombrados Quintero, Alsina, Guillín, Sarabia y Carrascal, ejercían el cargo de agentes de la policía de Ocaña en la fecha en que tales hechos tuvieron cumplimiento o sea el 13 de junio de 1948.

También aparece prueba de que intervinieron en esos mismos hechos los mentados agentes. Según Alsina, Quintero y Carrascal, en la noche de los acontecimientos, recibieron orden de patrullar la ciudad, hecho que corrobora el Alcalde del lugar. Como fueran informados de que en el barrio de El Carretero estaban haciendo disparos, se dirigieron allí y requisaron a unas treinta personas, decomisando un revólver. Al abandonar aquel sitio, en forma de reto, les dijeron que volvieran a requisarlos, haciéndoles al mismo tiempo disparos de revólver. Como Carrascal dijera que había recibido disparo en la gorra, todos ellos hicieron fuego y regresaron a la plaza, para dar parte al Alcalde con quien volvieron al lugar de los hechos; y que en momentos en que en casa de Mogollón, quien había sido herido, se presentara una discusión entre el Alcalde y algunos particulares, llegó un grupo de soldados, los detuvo y junto con el Alcalde, los condujo al retén del ejército.

Por su parte, Campo Elías Mogollón y Alicia Osma dan cuenta de los acontecimientos, manifestando que Mogollón se encontraba en su casa, con una niña en las piernas, su esposa e hijos, cuando de repente, y sin motivo, se presentaron en el umbral de la puerta de dicha casa cinco agentes de la policía municipal, dos de los cuales penetraron arbitrariamente y pusieron a Mogollón sus revólveres en el pecho, por lo cual éste huyó por un corredor, a tiempo que los agentes Jorge Quintero y Juan Alsina le dispararon, resultando herido en el brazo derecho y con un raspón en la cadera izquierda.

En reconocimiento médico se comprobó que Mogollón presentaba herida en el brazo derecho, causada con arma de fuego, que le produjo veinticinco días de incapacidad y una perturbación funcional transitoria, consistente en dificultad para empuñar la mano (fls. 66 y 73).

El auto del Juzgado Primero Penal del Circuito de Ocaña, por medio del cual fueron detenidos los sindicados agentes de policía, contempla

los elementos de prueba allegados al expediente contra dichos agentes de la policía municipal y la participación que en los hechos relacionados tuvieron en la noche de los sucesos. Que esa providencia tuvo fundamentos de orden legal, lo está indicando la confirmación que le impartió el Tribunal Superior de Pamplona, al conocer de ella en virtud de apelación interpuesta por algunos de los sindicatos y el Personero Municipal de Ocaña, aun cuando el Tribunal la modificó en el sentido de considerar que los agentes Guillín, Sarabia y Carrascal merecían la detención preventiva como cooperadores del delito de violación de domicilio y no del de heridas.

La circunstancia de haber confirmado el Tribunal la providencia del Juez "descarta —como lo afirma el señor Procurador— cualquier sospecha de ilicitud en la conducta del Juez doctor Serrano. Y la mera discrepancia que tuvo el superior con el Juez sobre la clase de participación punible de los tres sindicatos, apenas implica una distinta interpretación respecto del alcance que debía dársele a los hechos ejecutados por ellos".

De otro lado, según las pruebas que obran en el expediente, en la noche de los sucesos, ocurrió algo irregular en la prestación de los servicios de vigilancia por parte de los agentes de policía, lo que explica la intervención del ejército, que como antes se dijo, determinó la conducción de los agentes de la policía y del Alcalde al retén del ejército. Además, aparece, según la diligencia de inspección ocular llevada a cabo en la casa del herido Mogollón, que ese procedimiento excedió en sus límites, dadas las huellas de los disparos hechos por los que penetraron en la casa de aquél, dando lugar, además, a las lesiones recibidas por el mismo Mogollón, lo que implica que es legal la conclusión a que llega el Tribunal Superior, de que los agentes sindicados no se hicieron merecedores del privilegio de la ley y que por ende el Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña doctor Juan B. Serrano no infringió el inciso 2º del artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, aún demostrado, como aparece, que los agentes de la policía obraron en el ejercicio de su cargo y que el Juez ejercía sus funciones para la fecha de sus determinaciones.

Respecto de los funcionarios de la policía las leyes conceden ciertos privilegios y prerrogativas, pero es innegable que exige igualmente de ellos que en el desempeño de sus funciones procedan con el más estricto sentimiento de responsabilidad y del alcance tan delicado de su misión pre-

ventiva. Pues no sería adecuado en un régimen de instituciones legales fundadas en principios democráticos, que ciertos funcionarios gozaran de prerrogativas y derechos especiales, sin que correlativamente se les exigiera a los mismos, en el cumplimiento de sus deberes, un desempeño por lo menos tan prudente que guarde relación con la índole de los privilegios concedidos.

Y esas prerrogativas exigen siempre, como condición indispensable para su otorgamiento, que los agentes de la policía obren en forma que no se excedan en el desempeño de su cargo, cuando obran en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas, de modo que si no se cumple este requisito, no es posible pretender que esas prerrogativas comprendan a este género de funcionarios públicos. Por lo mismo, en un caso dado, es indispensable averiguar si se satisfizo el lleno de esas condiciones, pues de lo contrario no podría dársele cumplimiento a los mandatos que señalan esa clase de privilegios.

No resultan establecidos, en consecuencia, los elementos inherentes a demostrar el delito de detención arbitraria atribuido al funcionario acusado, por lo cual se llega a la conclusión de que su responsabilidad no pudo ser comprobada en forma legal.

Abuso de autoridad

Uno de los cargos por este delito consiste en que al serle notificado al Personero Municipal de Ocaña, el auto de detención, apeló, pero que en la fecha de la visita practicada por orden del Ministerio, aún no se había concedido el recurso. Otro de los cargos por igual ilícito se formuló al Juez por haberse negado a recibir indagatoria a los sindicatos con asistencia de su apoderado doctor Santiago Rizo Lobo y designarles uno que no era abogado inscrito.

Con relación al primero de los cargos, afirma el sindicato en su indagatoria que decretada la detención de los agentes de la policía y pedida la destitución de los cargos que desempeñaban, ésta no fue decretada en oportunidad y que en relación con tal destitución se suscitaron varios incidentes, que dificultaron fueran encarcelados los sindicatos e igualmente la recepción de indagatoria a los mismos y la consiguiente notificación del auto de detención, todo lo cual sólo vino a lograrse muy tarde, no siendo conveniente hacer esto último sin antes proceder a indagatorios. Que por consiguiente, sin que se cumplieran esas

formalidades no podía anticiparse a conceder la apelación interpuesta por el Personero, porque ello no podía ni debía hacerse sino después de que todos los procesados hubieran sido notificados del auto de detención, quienes a su vez podrían apelar.

Las explicaciones dadas por el sindicado son satisfactorias. Del proceso surgen los múltiples tropiezos que impidieron adelantar normalmente la investigación y no resulta, en modo alguno, que la demora obedeciera a negligencia o mala fe del Juez, pues "entretanto —como lo anota el señor Procurador— el proceso se mantuvo en continuo movimiento, ya para lograr la captura de los sindicados, ya recogiendo declaraciones e indagatorias, ya dictando autos interlocutorios y de sustanciación".

En cuanto al segundo de los cargos preanotados, el asunto hace referencia únicamente al sindicado Sarabia, el que al rendir indagatoria (fls. 22) nombró apoderado al doctor Santiago Rizo Lobo "quien enviado que fue a buscar no se encontró", por lo cual el Juez le nombró otro apoderado, procedimiento éste que se ajusta a las normas legales pues resulta suficientemente aclarado que el funcionario no rechazó la asistencia del apoderado elegido por el sindicado, sino que por no hallarse presente, o no haberse encontrado cuando se practicaba la diligencia de indagatoria, hubo necesidad de nombrar otro apoderado. Ante el nombramiento hecho por el sindicado, el Juez envió a buscar al señalado por aquél y como no se encontró y Sarabia manifestara que no designaría distinto abogado, le nombró de oficio al señor Luis José Romero en atención a que estas diligencias no pueden estar al arbitrio exclusivo del sindicado, sino que se rigen por otros procedimientos, como son los previstos en los artículos 139, 279, 280, 346 y 386 del Código de Procedimiento, con los cuales se conforma la actuación del Juez inculcado.

Obra por último el cargo de que el auto de 4 de agosto de 1948, por medio del cual se ordenó la captura de los sindicados Alsina y Carrascal, carecía de la firma del Juez y del Secretario y sin embargo fue cumplido.

El hecho no es suficientemente claro ya que en la copia traída a los autos (fls. 21 v. a 22) tal providencia aparece firmada por el Juez Juan B. Serrano y por el Secretario, el escribiente Julio C. Quintero. Pero aún suponiendo cierta la carencia de las firmas, el cumplimiento del auto irregular lo llevó a término el Secretario, como lo afirma el señor Visitador del Ministerio de Justicia, y no el Juez doctor Serrano. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que la orden de detención de Alsina y Carrascal no nació propiamente del breve auto del 4 de agosto, sino del de fecha 28 de julio anterior, pudiendo decirse que habría procedido bien el Juzgado, si en obediencia a esta última providencia, adelanta las diligencias tendientes a la captura de los sindicados, sin dictar el auto de 4 de agosto, por cuanto constituía una mera consecuencia del primero.

No aparece, pues, comprobada la comisión por parte del Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña doctor Juan B. Serrano, de infracción penal alguna y por tanto es procedente la providencia dictada en su favor por el Tribunal.

Acorde con estas apreciaciones se encuentra el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien solicita se confirme el sobreseimiento consultado.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y acorde con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia de fecha treinta de junio de mil novecientos cincuenta y uno por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona sobresee definitivamente a favor del doctor Juan B. Serrano, Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña, por los cargos que se le hicieron en el proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno.

Alejandro Camacho Latorre — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello, Secretario.

IMPEDIMENTOS — POR SER EL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO PARIENTE DEL DEFENSOR DEL PROCESADO

No existe impedimento en el Juez o Magistrado o en el Agente del Ministerio Público, fundado en parentesco con el apoderado o defensor de cualquiera de las partes, cuando en el momento de ser manifestado el impedimento, el otro ha dejado de tener el carácter de apoderado o de defensor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo veintiseis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

En el proceso contra el señor Pedro Consuegra por detención arbitraria, el doctor Jorge Salazar, Fiscal 2º del Tribunal Superior de Barranquilla, donde cursa el negocio por consulta de la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de la misma ciudad, con fecha 6 de febrero de 1952, se declaró impedido para seguir interviniendo por cuanto de "autos resulta que el defensor del encausado ha sido el doctor Claudio M. Blanco J., con quien estoy emparentado dentro del cuarto grado de consanguinidad y por ello comprendido en la causal que consagra el artículo 73 numeral I del C. de P. P."

En providencia del 18 de febrero del año en curso, el Tribunal no aceptó el impedimento y dispuso, en consecuencia, enviar a la Corte el proceso, a fin de que se decida la cuestión.

De autos aparece (fl. 27) que el procesado designó el 22 de marzo de 1948, al doctor Claudio M. Blanco J., como defensor, quien sustituyó el poder (fl. 50) al doctor Pedro Manuel Ballestas Martelo. Por último el señor Consuegra Barrios designó (fl. 58) al doctor Gallardo como su defensor, el 28 de septiembre de 1951, quien ejerce en la actualidad tal personería.

Se considera:

Como el impedimento manifestado por el señor

Fiscal no se fundamenta en el hecho de tener "interés en el proceso", sino en ser pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad con el defensor del procesado, la causal pertinente es la prevista en el inciso 3º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Pero en el caso a estudio no se encuentra el señor Fiscal del Tribunal, porque si en verdad, el doctor Claudio M. Blanco J., tuvo el carácter de defensor del señor Consuegra Barrios, en la actualidad no lo es, ya que según queda expresado, el procesado lo reemplazó en la persona del doctor Víctor Gallardo, quien ejerce ahora tal carácter.

Y se dice que el señor Fiscal no se encuentra en el caso a estudio, porque en el supuesto de que en verdad exista el parentesco alegado —cuestión ésta que no se encuentra establecida— el doctor Claudio M. Blanco J. dejó de tener interés profesional en el proceso al ser reemplazado en el cargo de defensor del procesado Consuegra Barrios, y porque, de otro lado, no aparece tampoco que esté vinculado a la suerte que corra el negocio por interés distinto al relacionado.

Pará que el impedimento en casos como éste, pueda ser tenido en cuenta, es necesario que la calidad de pariente, apoderado o defensor, exista al tiempo mismo en que el Juez o Magistrado expresa el impedimento, porque si ya la perdió en época anterior, el impedimento carece de fundamento, de acuerdo con los términos del inciso 3º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Y como antes del 6 de febrero del año en curso, fecha en que fue manifestado el impedimento por el señor Fiscal, el doctor Claudio M. Blanco J. había dejado de ser apoderado del señor Pedro Consuegra Barrios, procesado en este expediente, el doctor Jorge Salazar, Fiscal del Tribunal no está impedido para conocer del negocio en referencia.

Esta Sala ha sentado doctrina sobre el particular, aclarando especialmente el empleo de términos que contiene la disposición del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal comentado, para concluir que en casos como el de que aquí se tra-

ta, el impedimento no puede tener cabida por carencia de fundamento legal ("GACETA JUDICIAL", Tomo LII, págs. 229 a 230).

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que en el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Jorge Salazar, no concurre el impedimento que él expresó para conocer del proceso por detención arbitraria contra el señor Pedro Consuegra Barrios.

Devuélvase el expediente a la mayor brevedad, para que el señor Fiscal doctor Salazar, siga conociendo de él.

Cópiese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—

Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello, Secretario.

LAS REFERENCIAS QUE LA LEY 84 DE 1931 HACIA AL CODIGO PENAL COMUN, DEBEN ENTENDERSE HECHAS AL NUEVO CODIGO, A PARTIR DE LA VIGENCIA DE ESTE — REQUISITOS PARA QUE LA OBEDIENCIA A LA ORDEN SUPERIOR EN MATERIA MILITAR CONSTITUYA CAUSAL DE JUSTIFICACION DEL HECHO

1—Como lo dijo la Corte en sentencia de 22 de febrero de 1952, el legislador de 1931, al expedir la ley 84 de ese año, previó por medio de su artículo 121, que "El Código Penal de 1890 podía ser complementado, reformado y aún sustituido por otro en el futuro y para estos eventos estatuyó la aplicación en materia militar de las disposiciones que lo complementaran, reformaran o sustituyeran. Por consiguiente, derogado el Código de 1890 y sustituido por el de 1936, las normas contenidas en este nuevo estatuto en cuanto prohíben la rebelión como hecho punible, sustituyeron a las que contenía aquel Código sobre la misma materia".

2—Del contenido del artículo 25 del Código Penal común y del consignado en el artículo 173 de la Ley 84 de 1931, se deduce que para que la obediencia sea causal de justificación del hecho realizado por el que obedece, se requieren varias condiciones:

a) Que el hecho ejecutado lo haya sido en virtud de una orden de carácter militar;

b) Que la orden haya sido dada y cumplida por militares en servicio;

c) Que esa orden tenga carácter obligatorio por tratarse de actos que se ejecutan por razón del servicio, lo que excluye que en esos casos puedan tener carácter delictuoso; y

d) Que no haya habido exceso en su ejecución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Comando de la Brigada de Institutos Milita-

res, por sentencia fechada el diez y seis de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, condenó a los señores: Teniente Coronel Juan A. Sarmiento a dos años de prisión militar; Mayor José Félix Martínez a dos años de reclusión militar; Capitán Olegario Camacho, a seis años y ocho meses de reclusión militar; Teniente Ernesto Jaramillo, a cuatro años y dos meses de reclusión militar; Tenientes Julio Cuéllar y Manuel Mendoza, cada uno, a cuatro años y cuatro meses de reclusión militar; y Teniente Lizardo Pérez Ch., a cuatro años y seis meses de reclusión militar, como responsables del delito de rebelión militar.

El apoderado de los sentenciados, debidamente autorizado por éstos, interpone el recurso de casación contra dicho fallo, e invoca en su demanda las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

Se dice en el proceso, que el diez de julio del año de mil novecientos cuarenta y cuatro, un grupo de militares acantonado en la ciudad de Pasto, donde realizaba maniobras militares, se alzó en armas, apresó al Presidente de la República y a otros funcionarios nacionales, departamentales y municipales, lo mismo que a los oficiales del ejército que se negaron a participar en el alzamiento, pretendiendo sustituir a las autoridades legítimamente constituidas. Entre las personas a quienes se imputa el hecho antes narrado, se encuentran los Oficiales del Ejército, contra quienes se dictó la sentencia que es objeto del recurso de casación.

Como resultado de los sucesos brevemente narrados, el Primer Designado se encargó del Poder Ejecutivo y dictó el Decreto Número 1632 de 10 de julio de 1944, declarando turbado el orden público en todo el territorio nacional. Posteriormente por medio del Decreto número 1640 radicó en el Comando de la Brigada de Institutos Milita-

tares, el conocimiento de los delitos contra el Régimen Constitucional y la Seguridad interior del Estado, cometidos en el territorio nacional con ocasión de tales hechos y los que estuvieran conexados con ellos y perpetrados desde el día nueve del mismo mes de julio o anteriores ordenando que por el Comandante de dicha Brigada se dispusiera la convocatoria del Consejo o Consejos de Guerra Verbales que estimara necesarios para que dichos delitos fueran sancionados por el procedimiento establecido en el Capítulo VII, Título Único, del Libro Segundo de la Ley 84 de 1931, de Justicia Militar.

Fue así como la Brigada de Institutos Militares dispuso convocar al Consejo de Guerra Verbal, para juzgar a los procesados Teniente Coronel Juan A. Sarmiento, Mayor José Félix Martínez, Capitán Olegario Camacho y Tenientes Julio Cuéllar, Manuel Mendoza, Lizardo Pérez Ch. y Ernesto Jaramillo, por delitos contra el Régimen Constitucional y contra la seguridad interior del Estado, cometidos en la ciudad de Pasto durante los días 10 y 11 del mes de julio de 1944.

El Consejo de Guerra Verbal, dio fin a sus labores con la sentencia de fecha doce de agosto del mismo año de 1944, en cuya parte resolutive, se dice:

“Primero. Condenar al Teniente Coronel JUAN A. SARMIENTO a la pena corporal de dos años y seis meses de prisión militar y a la de separación del servicio, como responsable del delito contra la seguridad interior del Estado, la tranquilidad y el orden público, definido y sancionado en el artículo 168 de la Ley de Justicia Militar, cometido en la ciudad de Pasto durante los días diez y once del mes de julio del presente año;

“Segundo. Condenar a las penas que a continuación se expresan y por el delito de rebelión que definen y sancionan los artículos 139 del Código Penal y 157 de la Ley de Justicia Militar, cometidos en las mismas circunstancias de tiempo y lugar que el anterior, a los siguientes oficiales del Ejército: Mayor José Félix Martínez Santander, dos años de reclusión militar; Capitán OLEGARIO CAMACHO, siete años de reclusión militar; Teniente ERNESTO JARAMILLO, cuatro años y dos meses de reclusión militar; Teniente JULIO CUELLAR, cuatro años y cuatro meses de reclusión militar; Teniente MANUEL MENDOZA, cuatro años y cuatro meses de reclusión militar; Teniente LIZARDO PEREZ CH., cuatro años y seis meses de reclusión militar.

“Tercero. Imponer a los seis reos últimamente

nombrados las penas accesorias de destitución militar y demás pertinentes conforme a la ley...”.

Esta sentencia fue confirmada por el Comando de la Brigada de Institutos Militares en fallo de diez y seis del mismo mes de Agosto, con la sola reforma de reducir a dos años de prisión militar la pena impuesta al Teniente Coronel Sarmiento, y seis años y ocho meses de reclusión militar señalada al Capitán Olegario Camacho.

Causal primera. “Ser la sentencia violatoria de la Ley Penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma”.

El demandante sustenta esta causal en dos motivos: 1º—Que la sentencia viola los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento Penal, porque se condenó a los procesados por hechos no contemplados como delitos por la ley penal vigente en la época en que se pronunció tal fallo; y

2º—Que la misma sentencia viola el artículo 139 del Código Penal, por indebida aplicación, por cuanto que éste fue expedido en 1938 y en tal virtud, no podía referirse a él, el Código Penal Militar.

En relación con el primer motivo, afirma el demandante que el artículo 26 de la Constitución Nacional fija las garantías individuales, en cuanto exige la legalidad del delito y la de la pena; que el Código Penal en vigencia comenzó a regir el primero de julio de 1938 y en su artículo 432 dice expresamente: “Derógase el Código Penal y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente Ley”, de lo cual, se deduce que el Código Penal de 1890 desapareció en su integridad el nombrado primero de julio de 1938, y como la sentencia demandada se fundamenta en ese Código inexistente, puesto que impone una pena por un hecho contemplado por los artículos 169 y 170 de esa legislación extinguida, resulta de ello, que se incurrió en el error de sancionar actos que en ese momento no estaban previstos como delitos y también en la equivocación de aplicar penas que no estaban vigentes al proferirse la condena.

Agrega que, no puede sostenerse que el fallo recurrido se fundamenta en el artículo 157 de la Ley 84 de 1931, porque este precepto, por consecuencia de la derogatoria del Código de 1890 quedó en el aire y volatilizó al desaparecer los artículos 169 y 170 que hacían parte substancial de él. Y añade:

“Reconozco que el legislador fue poco diligente cuando realizó la reforma penal y olvidó aco-

plarla con el Código Penal Militar, que debía seguir rigiendo. Pero este pecado legislativo no tiene porque perjudicar a los Militares que fueron procesados, ni es motivo suficiente ni argumento jurídico para que se pueda desconocer el mandato de la Constitución reiteradamente expresado en los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento”.

Respecto del segundo de los motivos alegados, dice el actor que no alcanza a adivinar con criterio jurídico, por qué los militares como Jueces de derecho profririeron las condenas de que habla la sentencia y mencionan y aplican el artículo 139 de la Ley 95 de 1936, pues si la insurrección militar que se investigó y juzgó era la contemplada en el Código Militar de 1931 y más concretamente en el artículo 157 de ese Estatuto, de donde sale la referencia a una ley que no había sido expedida ni condenar a un ciudadano con base en una ley de 1931 y al mismo tiempo sustentar esa decisión en un estatuto que no podía ni siquiera ser intuído. Agrega que, “la verdad es que los legisladores del año de 1931 no realizaron esa labor adivinatoria de lo que iba a pasar en el año de 1936 porque al adoptar el Art. 157 de la Ley 84 de 1931 se refirieron a un Código entonces en vigencia y que llevaba muchísimos lustros de estar operando”.

Más adelante sostiene:

“La cuestión es muy clara: o se acepta el Código Penal Militar en su integridad y por lo mismo, en cuanto al caso concreto, los Artículos atinentes a la rebelión contemplados en ese Código y en el de 1890, o se acepta la aplicación de la Ley 95 de 1936.

“Lo primero no era posible a consecuencia de la derogatoria de que se habla, y lo segundo era también inaceptable porque el Código Penal Militar estaba vigente y la ley 95 de 1936 no formaba parte de ese mismo Código Militar.

“.....

“Pero se dirá entonces, ¿qué camino adoptar el Juez ante estas dos imposibilidades? ¿Qué podían hacer los señores falladores si estaban impedidos para aplicar el Artículo 157 del Código Penal Militar con sus dos preceptos integrantes del Código común de 1890, ante la otra imposibilidad para aplicar la Ley 95 de 1936? Y la respuesta es muy sencilla, aunque a primera vista cause repugnancia.

“La solución jurídica, puesto que estamos hablando de cuestiones de derecho, era la de declarar que por un olvido legislativo el hecho se había quedado impune al entrar en vigencia la re-

forma penal, y en consecuencia la decisión era la de absolver cosa que sucede en multitud de casos en que se confronta una situación similar”.

Concepto del Procurador General de la Nación

Este funcionario, después de puntualizar la situación de las normas jurídicas existentes en el momento de la realización de los hechos que dieron lugar a la formación de este proceso, analiza separadamente los motivos alegados por el actor.

Acerca del primer motivo, manifiesta que es cosa que nadie duda que el estatuto penal de 1890 cesó de regir el 1º de julio de 1938, pero lo que falta saber es si con la derogatoria de ese Código, se hizo tabla raza de los artículos de la ley de Justicia Militar que a él hacen referencia. Acepta que el artículo 157 es una disposición legal de las llamadas incompletas, pero ello no quiere decir que la norma sea incompleta, aduciendo al respecto la autoridad del tratadista italiano Filippo Grispigni, quien dice a este respecto:

“Estructura de las normas penales. Por lo que se refiere a la estructura de las normas penales, corresponde advertir que en la legislación positiva no siempre cada norma, en toda su integridad, es decir, compuesta de precepto y de sanción, tal cual es conceptualmente reconstruida en su esquema lógico por la doctrina jurídica, se encuentra contenida en una sola disposición o en un solo artículo de la Ley, pues a veces una misma disposición funciona como parte de múltiples normas, y otras veces una misma norma está despedazada en diversas disposiciones o artículos de leyes, cada uno de los cuales constituye fragmentos de normas.

“Disposiciones incompletas.—Al lado, pues, de las disposiciones penales completas o perfectas—es decir, que comprenden una norma en sus dos elementos (precepto y sanción) existen disposiciones penales incompletas o imperfectas en el sentido de que contiene sólo una parte de la norma penal. Pero póngase cuidado en advertir que aún en tales casos, si el artículo de la ley o la disposición son incompletos, en cambio la norma penal, tal cual resulta reuniendo las diversas disposiciones legales, nunca es incompleta o imperfecta (minus quam perfecta), porque una norma desprovista de precepto o de sanción no es una norma jurídica. Dichas disposiciones incompletas, que constituyen fragmentos de normas, pueden contener solamente el precepto (disposiciones me-

ramente preceptivas), o bien sólo la sanción (meramente sancionatorias)". "Derecho Penal Italiano Traducción de Isidro Benedetti. Editorial Palma Buenos Aires. 1949, pág. 225)".

Con fundamento en los apartes transcritos, deduce el Jefe del Ministerio Público, que el artículo 157 es una disposición penal incompleta y delinea una norma penal completa, esparcida en varios estatutos, que forma un todo armónico que puede expresarse así:

"Los militares de cualquier grado que se levanten en armas contra el Gobierno para derrocarlo o para cambiar la Constitución o para modificar el orden institucional, están sujetos a una pena de seis a doce años de reclusión militar, cuando la promuevan, encabecen o dirijan; de cuatro años dos meses a nueve años siete meses, cuando, teniendo mando, simplemente tomen parte en ella, y de tres años a siete años dos meses, en los demás casos".

Añade qué ésta era la norma existente, la cual no quedó incompleta al ser derogado el Código, porque la ley 84 de 1931, había recibido y hecho suyas modificándolas las disposiciones de los artículos 169 y 170 del Código Penal de 1890 y entonces, puede sostenerse que una norma puede tener vida después de su derogación, cuando se halla recibida por una ley vigente.

Refiriéndose al argumento consignado en la demanda, de que el artículo 14 de la ley 153 de 1887, enseña que "una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan", sostiene el funcionario cuyos puntos de vista se vienen exponiendo, que dicha disposición hace referencia a las citas que hagan leyes posteriores a la ley que deroga una norma y a ésta conclusión "se llega analizando el artículo en cuestión, que habla de revivir, esto es, de dar nueva vida y sólo se puede hacer revivir lo que está muerto". Y en tratándose del delito de rebelión militar, los citados artículos 169 y 170 nunca dejaron de tener vigencia, porque habiendo sido incorporados en una ley especial, formaron parte de ella durante su vigencia.

En cuanto al otro motivo alegado en la demanda en respaldo de la existencia de la causal que se examina, dice la Procuraduría, que la ley 84 de 1931 previó la aplicación del artículo 139 del Código Penal vigente en consonancia con leyes posteriores, ya que el Artículo 121 de dicha ley, decía en su primer inciso, que eran aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementaran, re-

formaran o sustituyeran, en cuanto no se opusieran a las contenidas en esa ley. Y como el Código Penal de 1936 sustituyó al de 1890 y el art. 139 del primero sustituyó a los artículos 169 y 170 del segundo, lógicamente hay que concluir que el precitado artículo 139 del estatuto en vigencia fue rectamente aplicado al caso de autos.

Concluye el Procurador General de la Nación, diciendo que considera que la causal primera alegada no puede prosperar.

Se considera:

Ya se ha visto, que el actor ataca la sentencia recurrida, en lo atinente a la causal primera, con base en dos motivos principales:

1º—Haber sido condenados los procesados, por un hecho no contemplado como delito por las leyes que regían cuando se dictó el fallo, de lo cual resultó la violación de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento Penal; y

2º—Ser esa sentencia violatoria del artículo 139 del Código Penal actual, por indebida aplicación de este artículo, pues el estatuto penal en vigencia entró a regir en 1938 y a él no podía referirse el Código de Justicia Penal Militar (Ley 84 de 1931).

Por consiguiente, la existencia o inexistencia de la causal primera de casación alegada, depende de la situación en que se encontraban las normas, penales que regían en la fecha en que se realizaron los hechos que dieron origen al proceso.

A este respecto, la Corte dijo en sentencia de fecha veintidos de febrero pasado:

"La ley 84 de 1931 (Código de Justicia Penal Militar), establecía sanciones para el delito de rebelión militar y el precepto estaba concebido en los siguientes términos:

"Artículo 157. Los militares de cualquier grado, colombianos o extranjeros, al servicio del ejército, que cometieren alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal, serán castigados con la pena de seis a doce años de reclusión militar.

"Esta pena se graduará en la proporción que determina el artículo 170 del Código Penal".

"Las citas que hace la disposición transcrita, se refieren al Código de 1890, que era el estatuto que regía cuando se dictó la ley de justicia penal militar. Tales artículos, decían:

"Artículo 169. Cometén el delito de rebelión: 1º—Los que se levanten en armas contra el Go-

bierno, sea simplemente para derrocarlo, sea para cambiar la Constitución por las vías de hecho; y 2º—Los que se levanten con el fin de confundir en una persona o cuerpo los poderes públicos, que deben ser separados; o hacer que se ejerzan por personas o corporaciones distintas de las designadas al efecto, o de impedir por vías de hecho, la reunión del Congreso o la de alguna de sus Cámaras; o para disolverlo después de reunido; o en fin, para cambiar substancialmente la organización general del país”.

“Artículo 170. Los que promuevan, encabezen o dirijan una rebelión, sufrirán de ocho a diez años de presidio. Los que simplemente tomen parte en ella, como empleados con mando o jurisdicción militar, política o judicial, sufrirán de seis a ocho años de presidio. Los demás individuos comprendidos en la rebelión sufrirán de cuatro a seis años de presidio. Todos ellos pagarán, además, una multa de la décima a la quinta parte del valor libre de sus bienes”.

“El contexto de los artículos transcritos, permite afirmar que en tratándose del delito de rebelión, el Código Penal de 1890 contemplaba en el 169 los hechos constitutivos de esa infracción y en el 170 las sanciones imponibles, en cantidad y calidad, de acuerdo con la situación jurídica del agente del ilícito, o mejor, en la primera de las disposiciones nombradas se consagraba el precepto y en la segunda, la sanción.

“El Código de 1890 dejó de tener vigencia el primero de julio de 1938, fecha en que entró a regir el nuevo estatuto penal, o sea la ley 95 de 1936, que en su artículo 432 dice:

“Derógase el Código Penal y todas las disposiciones contrarias a la presente ley”.

“Es por tanto, un hecho que no admite discusión, que el Código Penal de 1890 dejó de regir el citado día primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, pero esto no quiere decir que se acepte la tesis del demandante, de que como consecuencia de la derogatoria de esa ley, hubieran quedado sin valor los artículos de la ley de justicia militar que a ella hacían referencia.

“El artículo 157 de la Ley 84 de 1931, como lo sostiene la Procuraduría, era una disposición de las llamadas incompletas por los tratadistas, lo que no implicaba que fuera una norma penal incompleta. Ocurre con esta clase de disposiciones penales, que ellas no contienen en su estructura el precepto y al mismo tiempo la sanción sino que estos dos elementos integrantes de la norma penal están contemplados en varios artículos o

preceptos, cuyo conjunto forman un todo completo o perfecto. A esta clase de normas penales pertenecía aquel artículo, porque sus dos elementos integrantes, precepto y sanción, estaban fragmentados en dos disposiciones incluidas en leyes penales distintas, que reunidas y concordadas constituían una sola norma compuesta de precepto y sanción.

“Derogado el Código de 1890, el precitado artículo, estructurado en la forma que se deja expuesta, no habría sufrido modificación alguna puesto que la ley 84 de 1931 desde el momento de entrar en vigencia, incorporó e hizo suyos los artículos 169 y 170 de aquel estatuto, en cuanto definían el delito de rebelión y graduaban las sanciones.

“Por consiguiente, las argumentaciones del actor sobre la inexistencia del hecho delictuoso por ausencia de los requisitos de legalidad del delito y de legalidad de la pena, no serían valederas, porque se repite, el artículo 157 de la ley 84 de 1931 había incorporado dentro de él, los artículos 169 y 170 del Código derogado y consecuentemente, al desaparecer este estatuto, aquella norma no había sido modificada, pues la derogatoria decía relación exclusivamente a ese Código como ley penal común, aplicable a los hechos cometidos por los particulares y prohibidos y sancionados por él, pero no comprendió las referencias que a sus disposiciones hubieran hecho las leyes penales especiales.

“El Jefe del Ministerio Público, trae una cita de la opinión del expositor italiano Filippo Grispigni, sobre el punto debatido. Este dice:

“Referencia de normas vigentes a normas extinguidas. El derecho penal está formado por un conjunto de normas cortenidas en fuentes diversas: entre unas y otras existen relaciones de referencia, y esto ocurre especialmente entre el Código Penal y las leyes especiales. Ahora bien; en el caso en que se produzcan modificaciones en el Código o en las leyes especiales, deberá entenderse que la referencia se formula respecto a la norma extinguida o a la nueva?”

“Si se trata de una referencia que hace el Código a una ley especial, y a ésta ha sucedido otra, no cabe duda que la referencia debe entenderse con respecto a la nueva ley especial. En cambio, es distinto el caso si se trata de una referencia formulada por una ley especial respecto al Código y éste ha sido sustituido por otro Código. A tal propósito es preciso distinguir: si se trata de una referencia expresa y formal al Código abro-

gado (sardo, toscano, etc.), se debe aplicar éste, porque la ley especial ha continuado en vigor y se refiere expresamente a determinado Código, el cual en consecuencia se presenta como incorporado en la ley especial. Por el contrario, en el caso de que la referencia sea solamente tácita y genérica, debe aplicarse entonces el nuevo Código y esto en armonía con lo dispuesto en el artículo 16, Cd. Pen., según el cual las disposiciones del Código también se aplican a las materias reguladas por otras leyes penales...".

"En el caso de autos, dentro de la tesis que se viene exponiendo, la referencia se formula por una ley especial respecto al Código Penal y éste fue sustituido por otro Código. Esa referencia, dada la forma como aparece del contexto del artículo 157 de la ley 84 de 1931, en el cual se dice: "...que cometiere alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal..." o bien, "...Esta pena se graduará en la proporción que determina el artículo 170 del Código Penal...", debe tenerse como expresa y formal al estatuto derogado y de acuerdo con el concepto de Grispiñi, debe este último ser aplicado, porque la ley especial había seguido en vigencia y se refería expresamente a determinado Código, el de 1890, el cual en consecuencia, habría que tener como incorporado en la ley especial de justicia militar, en cuanto a las disposiciones a que esta ley hacía referencia.

"Se dice en la demanda que el artículo 14 de la ley 153 de 1887, dispone que 'una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan...'. Este precepto nada aduce en contra de la tesis expuesta, porque él se refiere a aquellas citas hechas por leyes dictadas con posterioridad a la que deroga una norma, pero no a casos como el presente, en el que la cita o referencia se hizo por una ley anterior a la que derogó la norma referida. Por eso, no se podría decir que se trate de revivir normas, de darles nueva vida, sino de aplicar disposiciones del Código derogado, que habían sido incorporadas dentro de las prohibiciones de la ley penal militar desde antes de la derogatoria de aquel estatuto.

"Las razones precisadas en los apartes anteriores, serían suficientes para rechazar la operancia de la causal primera alegada en la demanda, pero la Sala considera que en el caso que se estudia, después de la derogatoria del Código de 1890, el fenómeno que se produjo al ser derogado este Código, fue el de la sustitución de las aludidas

disposiciones por las del nuevo Código Penal que expresamente contemplan el delito de rebelión como hechos susceptibles de sanciones penales. Esta es la conclusión que se desprende del texto y contenido del artículo 121 de la ley 84 de 1931, en el cual se lee:

"Son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en la presente ley".

"Es decir, que el legislador de 1931 previó que el Código Penal de 1890 podía ser complementado, reformado y aún sustituido por otro en el futuro y para estos eventos, estatuyó la aplicación en materia militar de las disposiciones que lo complementarían, reformarían o sustituyeran. Por consiguiente, derogado el Código de 1890 y sustituido por el de 1936, las normas contenidas en este nuevo estatuto en cuanto prohíben la rebelión como hecho punible, sustituyeron a las que contenía quel Código sobre la misma materia y de ahí, que el artículo 139 del Código Penal actual, que se cita en la sentencia materia del recurso, hubiera sido rectamente aplicado.

"Contra esta tesis se pronuncia el demandante, alegando que el citado artículo 139 en el cual se apoya la sentencia recurrida, se aplicó indebidamente, porque si bien se trata de un hecho semejante al que contemplaba el Código derogado, dicho artículo no era aplicable, porque en la justicia colombiana y en el campo penal, no caben las semejanzas ni es lícito aplicar las leyes por analogía.

"Es cierto que, dentro de la justicia colombiana y en el campo penal, por regla general se repudia la interpretación analógica de la ley y cuando existen lagunas legislativas, éstas no pueden ser llenadas por los jueces, porque éstos sólo tienen la misión de aplicar las normas expresas, ya que lo contrario, sería convertirlos en creadores de preceptos jurídicos y permitirles asumir una actitud de franca rebeldía contra la voluntad del legislador. Pero en el caso de la sentencia que se estudia, no se presenta esa situación, porque no ha habido aplicación de normas penales por semejanza ni por analogía, pues ya se ha visto que no hay ausencia de disposiciones legales que prohiban el hecho imputado y que establezcan las sanciones correspondientes.

"Por lo tanto, es equivocado afirmar que cuando se cometieron los hechos que originaron el proceso, no había una disposición penal que pro-

hubiera el delito de rebelión y que en la sentencia recurrida, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional y el artículo 1º del Código Penal. Tampoco puede hablarse de violación del artículo 5º del Código de Procedimiento Penal, porque aquí no se contempla el problema de la aplicación de la ley permisiva o favorable de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pues no se está en presencia de dos leyes, una que favorece al procesado y otra que lo perjudica; simplemente se trata de dar aplicación a una disposición que sustituyó a las que existían antes de ser derogado el precitado Código de 1890. Y como el nuevo Código Penal entró en vigencia el primero de julio de 1938, desde esta fecha las disposiciones de aquel Código Penal a que hacía referencia la ley de justicia militar, en cuanto definían el delito de rebelión y graduaban las sanciones aplicables, dejaron de regir, para dar cabida y ocupar su lugar, las del nuevo Código Penal sobre la misma materia.

"Esta es la única interpretación que legal y jurídicamente cabe dar al problema debatido, porque cualquiera otra conduciría a violar el texto expreso y el contenido del artículo 121 de la ley de justicia militar, que estaba vigente en la fecha en que se realizaron los hechos que dieron lugar a la formación de este proceso".

El comentario que hace el ilustre representante de los procesados, de que el legislador de 1936 fue poco diligente cuando realizó la reforma penal, pues olvidó acoplarla con el Código Penal Militar que debía seguir rigiendo, no se conforma con la realidad. Es verdad que el legislador de 1936 nada estatuyó acerca del problema planteado en la demanda, pero la Sala considera que no existe vacío a ese respecto, porque la previsión del legislador de 1931 ya había resuelto lo que debía hacerse en el evento de la sustitución del estatuto penal común que entonces regía, en el artículo 121 tantas veces citado, determinando en forma expresa las disposiciones penales de referencia que debían aplicarse en el caso de que ello ocurriera. Y es también por esto, por lo que tampoco se puede criticar con fundamento jurídico, la aplicación en la sentencia recurrida del mentado artículo 139 del Código Penal actual, ni el hecho de la referencia de aquella ley de justicia militar al nuevo Código Penal ni la fundamentación de ese fallo en un estatuto que según el actor no podía ser intuído, pues el nuevo, de acuerdo con lo afirmado antes, sí fue "intuído" por el artículo 121 de la ley 84 de 1931.

En consecuencia, no hay base legal ni jurídica para que pueda prosperar la causal primera alegada en la demanda.

Causal segunda. "Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción".

Dice el señor actor que invoca esta causal "por errada interpretación y apreciación de los hechos y por no haberse tomado en cuenta determinadas pruebas del proceso a pesar de estar acreditadas en él".

Comienza el doctor Gutiérrez Anzola, representante legal de los procesados, por exigir de la Sala una explícita declaración sobre la procedencia de la causal segunda de casación en relación con este proceso, pues la Corporación en reiterada jurisprudencia ha advertido que en los procesos en que interviene el Jurado, no hay lugar a la aplicación de dicha causal. Dice que esta doctrina constante se funda en la circunstancia de que los Jueces de conciencia al fallar sobre la responsabilidad, no deben atender a regla distinta de la de su íntima convicción, pues una Entidad Jurisdiccional no puede penetrar en el campo interno de esa conciencia ni tampoco en la indagación de los modos como aquellos Jueces obtuvieron esa convicción para determinar la responsabilidad. Acepta que, esta actitud es perfectamente lógica y jurídica, cuando en realidad se trata de verdaderos jueces de conciencia.

Pero argumenta, que ello no ocurre así cuando se trata de Consejos de Guerra Verbales, de acuerdo con los preceptos de la ley 84 de 1931. Dice que conoce la sentencia de la Corte de 20 de febrero de 1951, en la causa seguida contra Luis Emilio Bogotá y otros, pero que debe tenerse en cuenta que esa sentencia se hizo con aplicación de lo preceptuado por la ley 3ª de 1945, relacionando sus disposiciones con los artículos 426, 429 y 430 del Decreto Extraordinario número 1125 de 1950, sistema éste bien diferente del establecido por la ley 84 de 1931, pues en esa sentencia la Corte de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, quiere destacar que el veredicto del

Consejo de Guerra "es en conciencia", como dando a entender que dicho Consejo Verbal de Guerra es como ocurre en el procedimiento penal común, es decir, un simple Jurado que resuelve en conciencia y no en derecho.

Manifiesta que acepta con el Procurador, el carácter mixto y excepcional de los Vocales del Consejo de Guerra Verbal como Jurados y Jueces de Derecho, tesis que comparte la Corte, según esta doctrina:

"...Los Vocales (dice) no sólo califican los hechos sino que interpretan su propia decisión o veredicto en su propia sentencia. Son, pues, unas mismas personas, los Jueces de hecho y los de Derecho, en los cuales se funden dos potestades que en juicios penales ordinarios se dan a personas distintas, fenómeno que lógicamente repercute en la facultad de interpretación del veredicto y, por lo tanto, en la apreciación del desacuerdo del veredicto y la sentencia". (Casación de Camilo Leal Bocanegra y otros. Fallo 20 de octubre de 1950).

Agrega que, el sistema imperante a la luz de la ley 84 de 1931, y en leyes posteriores, no era éste, porque conforme a ese sistema derogado, los Vocales del Consejo actuaban conforme a diferentes normas y bastaría leer el artículo 91 de dicha ley, que sin invocar o exaltar el acto de conciencia de los Vocales, como se hace en el sistema actual, solicita simplemente de ellos declarar la responsabilidad con un sí o un no por mayoría de votos y luego, por el artículo 96 daba a esos mismos Vocales una función jurisdiccional de carácter... eminentemente jurídico, como es la de redactar la sentencia y aplicar las penas con arreglo a las leyes, señalando el lugar donde debía cumplirse la condena, y, permitiendo a los Jurados salvar votos.

Por último sostiene que, el hecho de que los Vocales del Consejo Verbal de Guerra participan de la doble función de juzgar en conciencia y en derecho, no puede ser argumento para sostener que sean únicamente jueces de conciencia y sus fallos deban asimilarse a un veredicto de un jurado común, no sometible a la revisión de los Jueces de Derecho, como lo ha sostenido la Corte en su constante jurisprudencia, porque no puede desconocerse que la sentencia de un Consejo de Guerra Verbal participa al mismo tiempo de la calidad de ser en conciencia y en derecho y entonces, la tesis de la Corte debe tener una excepción, admitiendo la operancia de la causal segunda de casación, por cuanto en estos casos no incide como sucede en los demás, el principio de

que la Corte no puede entrar a revisar por virtud de la causal segunda los fallos proferidos en conciencia por un Tribunal ocasional de justicia. Añade que en tal oportunidad, podría tener en cuenta la circunstancia de que dada la naturaleza de los juicios realizados por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, que restringen notoriamente la libertad de defensa de los procesados y ponen de manifiesto la práctica de ese procedimiento sumarisimo, puede resultar más de acuerdo con los intereses de justicia y con las prerrogativas del procesado, el permitirle discutir o comprobar su inocencia con base en lo preceptuado por la causal segunda de casación, pues sin admitir esa excepción, el campo de la defensa se restringe a extremos tales que el derecho se disminuye y llega a confundirse con la utilidad de realizar el juicio para reprimir hechos graves, llegándose hasta la arbitrariedad por ese camino.

Luégo entra a estudiar la situación de cada uno de los procesados en relación con los hechos que se les imputan y concluye, que hubo hechos que no se tuvieron en cuenta en el fallo, a pesar de haberse acreditado, lo cual condujo a una errada interpretación o apreciación de los mismos.

Refiriéndose al Coronel Juan A. Sarmiento, dice que en su indagatoria este militar expresó su ninguna participación en la rebelión, ocupándose el día nueve de julio de vigilar el cumplimiento de los servicios de guardia en el Hotel Niza y en su cuartel, creyendo que todo estaba normal, y el lunes diez de julio cuando llegó al cuartel lo encontró ocupado por tropas del Batallón Hernández y luego, en el Hotel Niza, fue puesto preso por el Teniente Mendoza; que el Coronel Gil envió al Coronel Sarmiento a transmitir órdenes al Batallón "Boyacá", pero cuando esto ocurrió, ya el Coronel Agudelo había tomado el control de la unidad que dirigía Sarmiento y éste, el mismo día lunes diez de julio en compañía del Mayor Hernando Herrera, dictó disposiciones de defensa del cuartel, pero halló que el Coronel Moya Tovar también había dado órdenes emanadas del Coronel Gil, quien a pesar de todo era el Comandante de la Brigada acantonada en Pasto; que según las propias aseveraciones de Sarmiento, no contradichas por otras pruebas, la orden que dio el Coronel Gil sobre el envío de tropas a impedir el avance del Coronel Silva Plazas, no fue cumplida por el procesado y esto demuestra, no solamente que no participó en la rebelión, sino además que sus actuaciones se dirigieron a sabotear las órdenes de dicho militar. Y

agrega que, fué de la indagatoria de Sarmiento, no existe prueba, declaración, documento o indicio que acredite su participación en los sucesos del 10 de julio y de ahí, que esa confesión deba aceptarse en toda su integridad, dándole todo el valor legal que le corresponde, aceptando los hechos como él los expone y como ha sido la única base que se ha tenido en cuenta para condenarlo, de ello se deduce que ha habido una errónea interpretación y apreciación de los hechos, por no haberse tomado en su valor probatorio y jurídico la precitada indagatoria del Teniente Coronel Sarmiento.

En cuanto al Capitán Olegario Camacho, sostiene que la confesión de este militar explica toda su actuación en los hechos, sin que contra ella exista ninguna otra prueba que los acredite en forma distinta, por lo cual debe presumirse verídica; que el Capitán Camacho no hizo sino cumplir las órdenes impartidas por su superior jerárquico Teniente Coronel Luis E. Agudelo, cuando éste tomó el mando del Batallón "Boyacá" el día 10 de julio y de acuerdo con el artículo 17 de la Constitución Nacional, los militares en servicio activo quedan eximidos de responsabilidad cuando cumplen órdenes, superiores, recayendo ésta únicamente sobre el Superior que las da; que tampoco debe olvidarse, que el propio artículo 173 de la Ley 84 de 1931, dispone que todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio y que el derecho de reclamar de los actos de un superior, que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de esa obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio. Y así las cosas, por mucha que sea la severidad que se emplee para leer la indagatoria del Capitán Camacho, es indiscutible que éste procedió en obediencia de órdenes superiores y entonces, la sentencia de la Brigada de Institutos Militares, contiene una errada interpretación y apreciación de los hechos, porque no tomó en cuenta la circunstancia o hecho de cumplimiento de órdenes superiores, vieniendo a resultar la sentencia injusta.

Respecto de los Tenientes Manuel Mendoza, Ernesto Jaramillo, Julio Cuéllar y Lizardo Pérez Ch., aduce los mismos argumentos probatorios y jurídicos que en relación con el Capitán Camacho; sostiene que debe tenerse en cuenta como única prueba su indagatoria y como en conformidad con ella, actuaron en obediencia de órdenes superiores, existe la causal de justificación prevista en el Código Penal para quienes actúan

por mandato de autoridad superior, y como se les tuvo en cuenta para juzgarlos esa indagatoria, hubo para todos ellos errada interpretación y apreciación de los hechos.

Opinión del Procurador General de la Nación

Este funcionario está de acuerdo con el demandante en cuanto a la posibilidad de atacar los fallos proferidos por la Justicia Militar, con base en la causal segunda de casación, aduciendo las mismas argumentaciones del demandante y sosteniendo que en materia penal, en los casos dudosos debe aplicarse el principio de interpretación benigna, sin limitarlo exclusivamente a los casos comprendidos en la circunstancia del tránsito de una legislación a otra.

Entrando al fondo de la fundamentación de la causal, afirma que cuando el Consejo de Guerra Verbal condenó al Coronel Sarmiento por el delito definido por el artículo 168 de la ley de justicia militar, no incurrió en errónea interpretación de los hechos probados, porque la situación jurídica de aquel procesado la dedujo el Consejo, de la propia confesión de Sarmiento, quien reconoció que tenía el mando del Batallón "Boyacá" cuando fue apresado por el Teniente Mendoza, y llamado por el Coronel Gil para que transmitiera sus órdenes a dicho Batallón obedeció sin advertir que su actitud se encaminaba a sabotear el movimiento, sino que por el contrario les dijo que debían obedecer al movimiento, pues no había otra cosa que hacer y además, su actitud había sido de "acción pasiva", y de esto le resultaba una grave omisión culpable, sancionada por el artículo 168 de la ley de justicia militar.

Refiriéndose al Capitán Camacho y a los Tenientes Mendoza, Jaramillo, Cuéllar y Pérez, dice que el recurrente reclama la confesión calificada de éstos en el sentido de haber obrado en obediencia de órdenes superiores y que si bien el artículo 17 de la Constitución, exime de responsabilidad a los militares cuando obrando en obediencia de un mandato superior infringen una norma constitucional, es asimismo exacto, que el artículo 173 de la ley 84 de 1931 señala las modalidades de esa orden superior para que deba ser cumplida, entre otras, que haya sido dada en uso de atribución legítima y relativa al servicio, lo cual no ha sido demostrado y por lo tanto, la errada interpretación de los hechos, no aparece establecida.

Concluye el Jefe del Ministerio Público, soste-

niendo que tampoco la causal segunda puede prosperar.

Se considera:

El Decreto Ejecutivo número 1197 de 29 de mayo de 1951, en su artículo 1º, hizo extensivos los recursos extraordinarios de casación y de revisión consagrados por el Código de Justicia Penal Militar, a las sentencias de segunda instancia dictadas en los procesos de que hubieran conocido en primera Consejos de Guerra Verbales y contra las cuales, cuando se profirieron, la legislación vigente no consagraba tales recursos, ni éstos habían sido objeto de nulidad.

El artículo 2º del mismo Decreto, dispuso que los recursos de que antes se habla, se "tramitarán y decidirán en la forma y término señalados para los mismos en el Código de Justicia Penal Militar vigente", es decir, que para efectos de la tramitación de aquellos recursos y en cuanto a la forma de decisión de los mismos, remite la disposición aludida, a lo establecido para tales casos en el Código de Justicia Penal Militar vigente cuando se dictó dicho Decreto.

El Código Penal Militar vigente cuando se dictó el Decreto que consagró los recursos de que se viene hablando, para los procesos que no los tenían cuando se profirieron en ellos las sentencias de segunda instancia ni habían sido objeto de nulidad, es el Decreto Ejecutivo número 1125 de 31 de marzo de 1950, el cual dispone que entrará a regir el 20 de abril del mismo año y que en sus disposiciones transitorias, preceptúa:

"Artículo 458.—Las disposiciones de este Código se aplicarán solamente a los procesos que se iniciaren después de su vigencia.

"Los sumarios y juicios que estuvieren pendientes, cuando entre en vigencia, continuarán rigiéndose por el procedimiento anterior, si fuere más favorable al procesado". (Subraya la Corte).

Por consiguiente, de acuerdo con la norma antes transcrita, el Código Penal Militar vigente para los procesos iniciados antes del 20 de abril de 1950 y que en calidad de sumarios o juicios estuvieren pendientes en esta fecha, entre los cuales se hallaban los que surgieron como consecuencia de los sucesos ocurridos el 10 de julio de 1944, es la ley de Justicia Penal Militar anterior al mencionado Decreto número 1125 de 1950, o sea, la ley 3ª de 1945.

Esta ley en su artículo 97 establece como causales que dan lugar al recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares, las mismas que consagra el Código de Procedimiento Penal ordinario, es decir, que entre las causas que puedan dar lugar a casar una de tales sentencias, se encuentran todas las enumeradas en la causal segunda del Código antes nombrado.

En otros términos: es por virtud de lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo 1197 de 29 de mayo de 1951, que en los procesos surgidos como consecuencia de los hechos ocurridos el día 10 de julio de 1944 en la ciudad de Pasto, hay lugar al recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares, con admisión para esos procesos de la causal segunda, en forma análoga a lo que estatuyó la ley 82 de 1948 para las sentencias pronunciadas por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares respecto de los delitos cometidos en los días 9 de abril y siguientes del mismo año.

Es, pues, el caso de entrar en el estudio de los cargos que con base en dicha causal formula el demandante en su libelo, no porque jurisprudencialmente se haga una excepción en lo tocante a la admisión de esa causal por tratarse de una sentencia dictada con base en un veredicto emitido por los Consejos de Guerra Verbales ni porque se aplique a estos casos el principio de interpretación benigna, sino porque como se ha dejado establecido, hay disposiciones legales que ordenan expresamente que tales procesos se rijan por el procedimiento anterior, que es más favorable para ellos, y este procedimiento es el que consagra la ley 3ª de 1945, el cual con la modificación introducida por aquel Decreto, establece no sólo el recurso en mención, sino también la admisibilidad de la causal segunda.

Ya se ha visto que el actor ataca la sentencia recurrida, con base en la causal segunda de casación por errada interpretación y apreciación de los hechos y por no haberse tomado en cuenta determinadas pruebas del proceso, no obstante estar acreditadas.

En cuanto al sentenciado Teniente Coronel Sarmiento, encuentra el demandante la errada interpretación y apreciación de los hechos, en que dicho militar sostuvo en su indagatoria que no había tenido participación alguna en la realización de los hechos constitutivos del delito de rebelión y después de consumados los hechos, sus

actuaciones se dirigieron a sabotear las órdenes impartidas por el Coronel Gil con la mira de hacer fracasar las finalidades revolucionarias, pero esta confesión contra la cual no se adujo prueba ninguna en contrario, no fue aceptada en su integridad ni por el Consejo de Guerra Verbal ni por el Tribunal de segunda instancia, negándole el valor que legalmente tiene, por error en la interpretación y apreciación de los hechos.

En la sentencia que es objeto del recurso, se toma como fundamento para condenar al Teniente Coronel Sarmiento, el hecho consistente en que siendo el Comandante del Batallón "Boyacá", no empleó los medios que estuvieron a su alcance para impedir la consumación de la rebelión y el desarrollo de los planes subversivos y por esta omisión, incurrió en responsabilidad que sanciona el Código de Justicia Penal Militar.

El Teniente Coronel Sarmiento, afirma en su indagatoria, que desconocía los planes subversivos de los Oficiales del Ejército encabezados por el Coronel Gil para apresar en Pasto al Presidente de la República y sustituir en todo el territorio nacional a las autoridades legítimamente constituidas; que fue sorprendido por el levantamiento militar de Pasto en las horas de la mañana del día 10 de julio de 1944, pues cuando se encaminaba al Hotel Niza a inspeccionar la guardia colocada en este lugar, unos Oficiales que ya estaban presos le dieron la noticia del apresamiento del Jefe del Estado y momentos después, se le acercó el Teniente Mendoza, quien pistola en mano y acompañado de dos soldados, le exigió la entrega de sus armas y le intimó prisión y luego lo condujeron en jeep a la presencia del Coronel Gil, quien manifestó a un grupo de Oficiales que el Presidente estaba preso y se trataba de un movimiento general en el que participaban todas las fuerzas armadas y ellos estaban obligados a respaldar y cooperar con ese movimiento; que el Coronel Gil le ordenó transmitir esas órdenes a los Oficiales que estaban en el Batallón "Boyacá" advirtiéndole que les hiciera presente, que los que no estuvieran de acuerdo y no quisieran colaborar en el movimiento, estaban autorizados para hablar con él y efectivamente, acompañado del Capitán Cabrera se trasladó al Batallón "Boyacá" donde reunió a los Oficiales que estaban presentes y les transmitió todo lo expresado por el Coronel Gil, teniendo el cuidado de hacerles presente que los que no estuvieran de acuerdo con el movimiento, estaban autorizados para hablar con dicho Coronel y, con esto,

se propuso conocer y apreciar quiénes eran adictos al levantamiento armado, pues hasta ese momento sólo sabía que unos pocos Oficiales habían participado en los sucesos ya consumados; que después se le permitió ir a almorzar a su casa, pero desde esa tarde, tanto su actitud como la del Coronel Moya Tovar, la del Mayor Hernando Herrera y la del Capitán Añez, fue de pasividad para ciertas órdenes inconvenientes y de sabotaje para otras.

Ni en el proceso ni en las sentencias de primera y de segunda instancias, se hace al Teniente Coronel Sarmiento, el cargo de haber tenido conocimiento de los planes subversivos que culminaron con la prisión del Jefe del Estado ni tampoco el de haber tomado parte activa en su realización.

Se le exige responsabilidad por no haber tomado con posterioridad al golpe militar de Pasto medidas efectivas dirigidas a conseguir el fracaso de las actividades que en sentido contrario desarrollaba el Coronel Gil y que tenían en mira cimentar y afianzar la rebelión dirigida por ese Oficial. Es decir, que se le hizo responsable por actos de omisión, consistentes en no haber empleado dentro de la relativa libertad de que disfrutó después de haber sido desarmado y detenido, y prácticamente depuesto del mando del Batallón "Boyacá", aquellas medidas a su alcance para frustrar las actividades revolucionarias de los dirigentes de la revuelta.

El cargo por el cual se condenó al Teniente Coronel Sarmiento, aparece concreto en la sentencia del Consejo de Guerra Verbal en los siguientes términos:

"...Una vez apresado el doctor López y detenido asimismo el Teniente Coronel Sarmiento, fue llevado éste a la presencia del Coronel Gil, quien lo impuso de lo que ocurría y de sus planes subversivos. Dice el acusado que en tales circunstancias e intimidado por el Jefe rebelde, se vio forzado a aparentar y prometerle que lo secundaría, pero con la intención de trastornar sus actividades y contribuir así al restablecimiento de la legalidad.

"Aparece que ésta fue su intención, mas también resulta evidente que no empleó luego dentro de la relativa libertad que obtuvo, todos los medios que estuvieron a su alcance para conseguir el fin que se proponía".

Si se tiene en cuenta la indagatoria del proceso, claramente se deduce que la transcripción anterior no está completamente de acuerdo con

lo afirmado por aquél en dicha pieza del proceso, pues en ningún momento ha dicho que prometió al Coronel Gil que lo secundaría en sus planes revolucionarios. El Teniente Coronel Sarmiento ha sostenido que oyó estando detenido las exigencias del Coronel Gil y una vez que se le envió al cuartel del Batallón "Boyacá", transmitió esas exigencias a los Oficiales que se encontraban en ese lugar, teniendo el cuidado de decirles que los que no estuvieran de acuerdo con esos planes podían entrevistarse con dicho Coronel, proponiéndose con esto conocer qué Oficiales eran adictos al levantamiento, pues desconocía cuál era la situación en tal sentido, y tener datos ciertos y seguros para obrar en contra del movimiento rebelde; que en las horas de la tarde del día diez de julio, tan pronto como se le dio alguna libertad, se dedicó con otros Oficiales a sabotear cautelosamente las medidas que tomaba el Coronel Gil, no cumpliendo las órdenes de éste en unos casos y en otros, dando órdenes distintas.

Al juzgar al Teniente Coronel Sarmiento, no se han enunciado cuáles fueron las medidas que omitió poner en ejecución este militar, para hacer fracasar las actividades revolucionarias; únicamente se ha dicho que tuvo actos de omisión. En el proceso no se han acreditado cuáles fueron esas omisiones y en estas condiciones, son completamente inexistentes los cargos que se hicieron a dicho militar, lo que quiere decir, que se le juzgó por hechos carentes de toda demostración.

De otro lado, teniendo en cuenta las constancias de autos, no podía exigírsele al mencionado militar una conducta distinta de la que realmente observó, si se considera que la revolución en esos momentos dominaba en forma completa. La ciudad de Pasto y sus alrededores y cualquiera otra forma de combatirla, distinta a la que empleó aquel Oficial y los otros que actuaron de la misma manera, hubiera sido perjudicial para el personal militar, no adicto a la sublevación, para los civiles, para las autoridades apresadas y para las finalidades a que ellos aspiraban de restablecer la legalidad. Una actividad de franca oposición a los planes de los militares sublevados, en esos momentos, hubiera sido el fracaso de las medidas que ya estaban en ejecución para reducir a la impotencia a los comprometidos en la revuelta.

De todo lo anterior resulta, que hubo errónea interpretación y apreciación de los hechos imputados al Teniente Coronel Sarmiento, por no ha-

berse tomado en su integridad la confesión-indagatoria de este procesado, de lo cual resulta, que el cargo que se hace en la demanda contra la sentencia recurrida, con base en la causal segunda, debe prosperar.

Capitán Olegario Camacho y Tenientes Manuel Mendoza, Ernesto Jaramillo, Julio Cuéllar y Lizardo Pérez Ch.

En relación con estos procesados, la argumentación principal que contiene la demanda, radica en sostener que éstos ejecutaron los hechos porque se les condenó, en obediencia a órdenes superiores, pero no se les tuvo en cuenta esta circunstancia al juzgarlos y de esto se deduce, que la sentencia interpretó erróneamente los hechos, pues los condenó como responsables del delito de rebelión.

La Constitución Nacional, en el artículo 17 de la Codificación vigente en el año de 1944, que corresponde al artículo 21 de la Codificación actual, exime de responsabilidad a los militares que obrando en obediencia de un mandato superior, infringen una norma constitucional, haciendo recaer esa responsabilidad únicamente en el Superior que da la orden.

El artículo 173 de la ley 84 de 1931, dice:

"Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior.

"El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio".

Tomado el problema desde un punto de vista estrictamente doctrinario, la obediencia constituye una de las causales de justificación del hecho y puede ser alegada por quien realizó el acto no por su propia iniciativa, sino mediante una orden militar. Así lo consagra no sólo el precepto constitucional ya relacionado, sino también el Código Penal común en su artículo 25, pero tanto del contenido de este precepto, como del consignado en el artículo 173 de la ley 84 de 1931, se deduce que para que esa circunstancia sea causal de justificación del hecho realizado por el que obedece, se requieren varias condiciones:

a) Que el hecho ejecutado lo haya sido en virtud de una orden de carácter militar;

b) Que la orden haya sido dada y cumplida por militares en servicio;

c) Que esa orden tenga carácter obligatorio por tratarse de actos que se ejecutan por razón del servicio, lo que excluye que en esos casos puedan tener carácter delictuoso; y

d) Que no haya habido exceso en su ejecución.

En el caso de este proceso, puede aceptarse que los hechos por los cuales se condenó al Capitán Camacho y a los Tenientes Mendoza, Jaramillo, Cuéllar y Pérez Ch., fueron ejecutados por ellos en virtud de una orden militar, que esta orden fue dada y cumplida por militares en servicio y que no aparece que hubiera habido exceso en su ejecución, pero el carácter obligatorio de la orden u órdenes cumplidas por aquellos oficiales, no se deduce de los elementos probatorios recogidos en el proceso, ya que no se trataba de actos que debían ejecutar por razón del servicio, pues entrañaban hechos previstos como delitos y sancionados por la ley de justicia militar. No se ha demostrado por el demandante, que además de tratarse del obediencia de una orden superior, éste la diera en uso de atribuciones legítimas y que fuera de aquellas que son propias del servicio, pues la obediencia pasiva de los militares por razón de la disciplina militar, está condicionada en esos casos a las circunstancias anotadas, debiendo sancionarse también en el inferior el hecho cometido por él, cuando no estaba obligado a obedecer por tratarse de una acción manifiestamente ilícita, cuando obra con exceso o cuando no es un hecho relativo al servicio.

Estas consideraciones, permiten afirmar que en la sentencia recurrida no hubo interpretación errónea de los hechos, sino que se ajustó a la realidad y legalidad y por consiguiente, la causal alegada no puede prosperar en relación con dichos procesados.

Causal cuarta

El actor funda esta causal en que no se juzgó en un solo proceso a todos los militares comprometidos en el delito de rebelión, teniendo en cuenta lo preceptuado por los artículos 52 y 54 del Código de Procedimiento y como consecuencia de la violación de estas normas, la sentencia fue violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, pues cada Consejo de Guerra Verbal de los que se reunieron para juzgar por los delitos de rebelión a procesados por el golpe de Pasto de 1944, carecía de competencia para hacerlo, ya que la ley 84 de

1931, también establecía como causal de nulidad en el juicio la incompetencia de jurisdicción.

El señor Procurador General de la Nación, dice que el procedimiento empleado para juzgar a los militares se apartó de lo dispuesto por la ley 84 de 1931, en cuanto que no se siguió un solo proceso para todos los comprometidos en el levantamiento militar de Pasto, pero que antes del procesamiento de esos militares se había dictado el Decreto Ejecutivo número 1640 de 13 de julio de 1944, que en su artículo 2º facultó al Comandante de la Brigada de Institutos Militares para convocar los Consejos de Guerra que estimara necesarios para juzgar los delitos cometidos con ocasión de tales sucesos, quedando suspendidas las normas que disponían seguir un solo proceso, cuando se trataba de un solo delito, aunque fueran varios los autores o partícipes y por esto, la causal alegada no tuvo existencia.

Se considera:

En relación con la causal cuarta alegada, la Corte dijo en sentencia de fecha veintidós de febrero pasado:

"La Sala está en completo acuerdo con el Representante del Ministerio Público, porque si bien es cierto que, el procedimiento empleado para juzgar a los militares procesados por el golpe de Pasto, se apartó de las reglas procedimentales consagradas por la ley 84 de 1931, en cuanto a que no se siguió un solo proceso para todos los comprometidos, siendo así que se trataba de un solo delito, ello se debió a que esas reglas ordinarias de procedimiento fueron suspendidas en su vigencia por el Decreto Ejecutivo ya mencionado, dictado con posterioridad al que declaró turbado el orden público en todo el territorio de la Nación. Y en estas condiciones, las normas aplicables, no eran las ordinarias de procedimiento, sino las dictadas en la emergencia de turbación del orden público.

Por consiguiente, no hubo violación de la ley procedimental en el juzgamiento de los procesados a que este negocio se refiere, siendo el caso de concluir, que la sentencia recurrida no se pronunció en un juicio viciado de nulidad y por lo tanto, la causal cuarta alegada no prospera.

Como la causal segunda, según se dijo, debe prosperar en lo que se relaciona con el sentencia-do Teniente Coronel Juan A. Sarmiento, por errada interpretación o apreciación de los hechos, pues se les dio un valor que no tenían en cuanto

a los elementos constitutivos del delito que se le imputó, en conformidad con el numeral a) del artículo 100 de la Ley 3ª de 1945, debe invalidarse en esa parte el fallo recurrido y dictar el que deba reemplazarlo, absolviendo a dicho sentenciado de los cargos porque se le juzgó y sentenció en este proceso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y acorde en parte con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley INVALIDA la sentencia de fecha diez y seis de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, proferida por el Comando de la Brigada de Institutos

Militares por la cual se condenó al Teniente Coronel Juan A. Sarmiento como responsable del delito contra la seguridad interior del Estado, la tranquilidad y el orden público, a la pena principal de dos años de prisión militar y a la separación del servicio y en su lugar, ABSUELVE al mismo sentenciado de los cargos porque se le juzgó y sentenció en este proceso. En todo lo demás, queda en firme el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta al Ministerio de Guerra y devuélvase el expediente.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno.
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS ENTRE DOS JUECES MUNICIPALES PERTENECIENTES A DISTINTOS DISTRITOS — COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA INFRACCION PREVISTA POR EL ARTICULO 2º DEL DECRETO 1858 DE 1951

1—De conformidad con el numeral 4º del art. 42 del C. de P. P., corresponde a la Corte dirimir las colisiones de competencias que se susciten entre dos Juzgados Municipales pertenecientes a distintos Distritos.

2—La posible infracción que hubiera podido cometerse con el hecho investigado en este proceso se cometió en jurisdicción del municipio donde el cheque fue rechazado por la entidad bancaria que debía pagarlo, y consecuentemente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, el conocimiento de este negocio corresponde al Juez Municipal de ese lugar, por ser el Juez del territorio “en que se cometió la infracción”.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiocho de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Juzgado Municipal de Anserma, por auto de fecha siete de marzo pasado, remite a la Corte el proceso seguido contra José J. Giraldo y otro, por giro en descubierto, para que dirima la colisión de competencias surgida entre aquel Juzgado y el Juzgado 3º Penal Municipal de Pereira, sobre el conocimiento de dicho negocio.

Hechos:

De autos aparece que en el mes de agosto del año de mil novecientos cincuenta y uno, el señor José J. Giraldo, giró al señor Gonzalo Jiménez, un cheque por la suma de trescientos pesos

(\$ 300.00) moneda corriente, en la ciudad de Pereira, contra el Banco de Colombia en Anserma. Jiménez se presentó a la oficina de la Administración de Rentas de Pereira y solicitó del señor Ibrahín González Mesa, encargado de esta Oficina que le cambiara el mencionado cheque, por dinero, manifestando que le era difícil hacerlo efectivo en Anserma. González Mesa aceptó la operación de cambio del cheque por dinero efectivo, por estar girado por persona a quien conocía como solvente, pero posteriormente tal documento le fue devuelto sin cancelarlo, porque el Banco de Anserma, había recibido orden del girador para que no fuera pagado.

Por este hecho, el citado González Mesa formuló denuncia criminal ante el Juez Penal del Circuito de Pereira, quien la pasó al Juzgado 3º Penal Municipal y éste al Alcalde de la misma ciudad, para que perfeccionara la investigación. Devuelto el expediente al Juez Municipal de Pereira, por auto de fecha quince de febrero pasado, considera que el competente para conocer del asunto, es el Juzgado Municipal de Anserma, pues en esta ciudad debía pagarse el cheque y allí mismo, se abstuvo de cubrirlo el Banco de Colombia. En ese mismo auto, ordena el envío del proceso al Juez Municipal de aquella ciudad, advirtiéndole que si no acepta las razones consignadas en su providencia, le provoca competencia negativa.

El Juzgado Penal Municipal de Anserma, en providencia de fecha veintitres de febrero del año en curso, sostiene que la infracción no se cometió en jurisdicción de ese municipio, sino en la del de Pereira, porque fue en éste donde se giró el cheque sin previa provisión de fondos en la entidad Bancaria que debía pagarlo y desde ese momento, la infracción adquirió realidad objetiva, pues desde que se extendió el documento se tuvo la intención dolosa de infringir la ley penal. En consecuencia, rechaza el conocimiento del negocio y ordena remitirlo al Juez Penal del Cir-

cuito de la misma ciudad, para que dirima la colisión de competencia suscitada entre los dos Juzgados.

El Juzgado Penal del Circuito de Anserma, en auto de fecha tres de marzo último, dice que tratándose de una colisión suscitada entre dos Juzgados de Distritos diferentes, la colisión debe resolverla la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con lo establecido por el ordinal 4º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal y ordena devolver el informativo al Juez Municipal de Anserma para que proceda en conformidad.

Se considera:

De acuerdo con lo prescrito por el numeral 4º del art. 42 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, decidir de las competencias que se susciten entre dos Juzgados que pertenezcan a distintos Distritos Judiciales, de suerte que esta Superioridad sí es competente para desatar la colisión de competencias surgida en el conocimiento del proceso contra José J. Giraldo y otro.

Según el relato de los hechos puntualizado al comienzo de esta providencia, el cheque de que hablan los autos se giró por el señor José J. Giraldo a favor de Gonzalo Jiménez, en la ciudad de Pereira, contra la sucursal del Banco de Colombia en la ciudad de Anserma, pero cuando fue presentado para su pago por la Administración de Rentas del Departamento de Caldas, a quien le había sido endosado, le fue devuelto dando como razón, que el girador había dado orden de que no se cubriera.

El Decreto Número 1858 de cuatro de septiembre de 1951, dice en su artículo 2º:

"Cuando la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos o sin autorización del girador, no constituya estafa, se sancionará con la pena de seis meses a un año de presidio".

En presencia de esta disposición y teniendo en cuenta el hecho investigado, consistente en que el procesado José J. Giraldo, dio en préstamo a Gonzalo Jiménez la suma de trescientos pesos (\$ 300.00), entregándole el cheque de que hablan las diligencias informativas y posteriormente, dio

orden al Banco que debía pagarlo para que no lo hiciera, puede afirmarse que no se configura propiamente un delito de estafa, sino que más bien ese hecho presenta las características de que trata la disposición que se ha transcrito, es decir, la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos.

En estas condicionese y sin entrar a calificar si se trata de un hecho ilícito o no, el presunto engaño de que hubiera podido hacerse víctima al girador, tuvo su manifestación en la ciudad de Anserma, que fue donde el girador de dicho documento exteriorizó su intención de que éste no fuera pagado. Antes de este momento, no podría decirse que hubiera habido de parte del nombrado girador de tal instrumento, maniobra ni artificio alguno para que éste no fuera cancelado.

Por lo tanto, la posible infracción que hubiera podido cometerse con el hecho investigado en este proceso, se cometió en jurisdicción del municipio de Anserma, porque fue en este lugar, donde el cheque fue rechazado por la entidad Bancaria que debía pagarlo. Consecuencialmente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 55 del Código de Procedimiento, corresponde al Juez Penal Municipal de Anserma, el conocimiento de este negocio, por ser el Juez del territorio "en que se cometió la infracción".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias, suscitada entre el Juez Penal Municipal de Anserma y el Juez 3º Penal Municipal de Pereira, declarando, que el conocimiento del presente negocio corresponde al primero de estos funcionarios.

Devuélvanse estas diligencias al señor Juez Penal Municipal de Anserma, para los efectos legales pertinentes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—

Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DECLARATIVA DE QUE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS SON DE PROPIEDAD NACIONAL

1—Los actos cumplidos entre particulares no tuvieron la eficacia o virtualidad de hacer el traspaso al dominio privado de las tierras pertenecientes a la Corona, sin el lleno de los requisitos previstos y ordenados por las Reales Cédulas, esto es, de alcanzar la composición de las tierras ocupadas sin título.

2—Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, cuando la Nación apoyándose en la presunción de ser baldíos unos terrenos, solicita una declaración de dominio en su favor respecto del petróleo que en tales terrenos pueda encontrarse, está dispensada del peso de la prueba, auncuando haya asumido la calidad de demandante, en atención a que la aseveración que hace el Estado de ser baldío un terreno entraña una negación indefinida, o sea la de no haber salido de su patrimonio, la cual, según los principios sobre prueba, debe destruirse con la afirmación concreta y definida de haberse adquirido el dominio por quien se pretende dueño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, catorce de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El doctor Eduardo Rodríguez Lugo, obrando en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá y en ejercicio de la autorización que al efecto le confiriera el Organismo Ejecutivo del Poder Público por medio de Resolución número 32 de seis de febrero de 1942, formuló ante dicho Tribunal Superior, en nombre de la Nación, demanda ordinaria, mediante libelo presentado el 16 de febrero de 1942, suplicando las siguientes declaraciones con citación y audiencia de la "RICH-

MOND PETROLEUM COMPANY OF COLOMBIA", sociedad anónima, domiciliada en Wilmington, Estado de Delaware, Estados Unidos, debidamente legalizada en Colombia y con casa o sucursal establecida en Bogotá, cuyo Gerente es ahora el señor Lawrence L. Tabor, ciudadano americano, mayor de edad y de este vecindario":

"Primera. Que son de propiedad de la Nación los yacimientos de petróleos y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse en el lote de terreno que se deja determinado en el punto primero de la anterior relación de hechos.

"Segunda. Que, en consecuencia, la Compañía demandada debe abstenerse de efectuar exploraciones con taladro en los terrenos a que se refiere la petición precedente, así como también de explotar el petróleo y demás hidrocarburos que en ellos puedan existir".

Como hechos fundamentales de la acción se adujeron 16, que habrán de reproducirse literalmente en seguida, para mejor comprensión del asunto, materia de la presente controversia judicial:

"Primero: En memorial de 22 de enero de 1937, aclarado y corregido el 6 de abril de ese mismo año, la sociedad anónima denominada "SINDICATO DE INVERSIONES", formuló propuesta al Gobierno Nacional, por conducto del entonces llamado Ministerio de Industrias y Trabajo, para contratar la exploración con taladro y la explotación de los petróleos de propiedad nacional que pudieran existir en un globo de terrenos baldíos ubicado en jurisdicción de los Municipios de Rionegro (Santander), Gáchira (Norte de Santander), Aguachica y Río de Oro (Magdalena), circunscrito por los siguientes linderos generales: "1º—Como punto de partida se ha tomado un punto A situado en la orilla occidental del Río Lebrija, cincuenta (50) metros al occidente (W) de la confluencia del brazo de las Montañitas con el Río Lebrija en el sitio conocido con el

nombre de El Chocó. 2º—Del punto A se sigue por la orilla occidental del Río Lebrija y luego por la orilla norte del mismo donde éste se divide en dos brazos, aguas abajo, hasta llegar a un punto B situado en la orilla, cincuenta (50) metros al norte de la confluencia del Río Lebrija con el Río Cáchira. La línea recta que une los puntos A y B tiene una longitud de once mil setecientos noventa (11.790) metros y rumbo de norte treinta y dos grados y diez minutos al este (W. 32º 10' E.). 3º—Del punto B. se continúa por la orilla oriental del río Cáchira, aguas arriba, pasando por los sitios llamados Las Pavas y San Andrés, hasta un punto C situado en la orilla, cincuenta (50) metros al oriente de la confluencia de los ríos Cáchira y San Alberto del Espíritu Santo. Entre éstos puntos la petición linda por oriente con terrenos particulares denominados tierras del pescado, sobre los cuales alegan propiedad los señores Sinclair, Roca Niz, etcétera. La recta que una B y C tiene una longitud de diez mil doscientos sesenta (10.260) metros rumbo de sur trece grados cuarenta y cinco minutos al este (S. 13º 45' E.). 4º—Del punto C se continúa por la orilla norte del río San Alberto del Espíritu Santo, agua arriba, hasta un punto D situado sobre dicha orilla. La línea recta que une los puntos C y D tiene una longitud de veinte mil doscientos sesenta (20.260) metros y rumbo de sur cincuenta y ocho grados veinte minutos al este (S. 58º 20' E.). En este trayecto la petición linda por el Norte con el río del Pescado, y, como el río de San Alberto del Espíritu Santo camina constantemente de cauce la intención es siempre lindar con dichas tierras del pescado. 5º—Del punto D se sigue una línea recta con rumbo astronómico Sur y de catorce mil novecientos cuarenta (14.940) metros de Longitud, a dar a un punto E cortando el río Cáchira en el punto G. Este lindero debe amoldarse al límite entre los Departamentos de Santander del Norte y Magdalena, cuando se deslinden en forma definitiva los dos departamentos, en la forma indicada más adelante. 6º—Del punto E se sigue una línea recta al occidente, de cuatro mil setenta (4.070) metros de longitud, a dar a un punto F sobre la orilla sur-occidental del río Lebrija. 7º—Del punto F se continúa por la orilla occidental y sur del río Lebrija, aguas abajo, hasta el punto A, punto de partida. La recta que une F y A tiene una longitud de treinta y tres mil seiscientos ochenta (33.680) metros y rumbo de norte cuarenta grados treinta minutos al occidente (N. 40º 30' W).".

"De este lote de terreno, cuya cabida aproximada se fijó en 47.905 hectáreas, debía excluirse un lote de 2.000 hectáreas de extensión, más o menos, que pertenece posiblemente al Departamento de Santander, delimitado así: 'a) del punto G situado sobre la orilla norte del río Cáchira a cinco mil setecientos cuarenta (5.740) metros al norte del punto E, se sigue por el río Cáchira, aguas abajo, hasta un punto H, en el sitio llamado La Estación. La recta que une G y H tiene una longitud de doce mil ochocientos sesenta (12.860) metros y rumbo de norte treinta y cuatro grados veinte minutos al occidente (N. 34º 20' W.). Del punto H en la Estación, se continúa por el lindero del Departamento de Santander del Norte, hacia el oriente, hasta encontrar la recta que une los puntos D y E, en el punto I. La recta que une H e I tiene una longitud aproximada de siete mil ochocientos metros y rumbo de sur sesenta y ocho grados al oriente aproximadamente (S. 68º E.). Del punto I se sigue a lo largo de la recta D-E, con dirección sur a dar al punto G (esta distancia mide en el mapa siete mil setecientos treinta metros)". 9º—Se deja constancia de que el punto I no se puede localizar con precisión hasta que no se haga el deslinde entre los Departamentos de Santander del Norte y Magdalena".

"Segundo.—Prevía la tramitación de rigor en estos casos, el Ministerio de Industrias y Trabajo, en Resolución fechada el 3 de junio de 1937, aceptó la propuesta de contrato a que se refiere el hecho anterior y ordenó hacer los emplazamientos de ley.

"Tercero. — En oportunidad legal formularon oposición a la referida propuesta de contrato las siguientes personas: Juan Ortiz Garay, en memorial de 24 de julio de 1937; Victoria Peralta de Ibáñez, en memorial de 16 de agosto de 1937; y la sociedad **Richmond Petroleum Company of Colombia**, en memorial de fecha 17 de agosto de 1937.

"Cuarto.—En resolución de 22 de julio y 6 de septiembre de 1938, el Ministerio admitió las oposiciones a que se refiere el hecho anterior, suspendió la tramitación de la propuesta y ordenó enviar el expediente a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para los fines previstos en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936.

"Quinto.—Previos los trámites de juicio breve y sumario, la Sala de Negocios de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de diez de abril de 1940, declaró que eran infundadas las oposiciones

formuladas por Juan Ortiz Garay y Victoria Peralta de Ibáñez y que, en cambio, si era fundada la oposición presentada por la *Richmond Petroleum Company of Colombia*.

“Sexto.—Esta oposición de la *Richmond Petroleum Company of Colombia*, como las otras mencionadas, tenía por fundamento la pretensión de la Compañía opositora de ser dueña, ‘en mayor extensión’, del suelo y el subsuelo del lote de terreno materia de la propuesta de contrato determinado en el punto Primero de esta relación.

“Séptimo.—Como Título de origen, tendiente a demostrar que los terrenos de que se viene tratando habían salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva del subsuelo, la *Richmond Petroleum Company of Colombia*, adujo varios documentos relacionados con unas pretendidas adjudicaciones o mercedes de tierras hechas a don Juan Marrufo y Negrón entre los años de 1707 y 1722, y a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Cristóval Ballejo y Joseph Naranjo en los años 1742 a 1743; títulos éstos que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo sumario del negocio, estimó bastantes para los fines de la oposición.

“Octavo.—Las otras pruebas allegadas a su oposición por la *Richmond Petroleum Company of Colombia* consisten en simples títulos de dominio entre particulares: una resolución proferida el 22 de noviembre de 1880 por el Ministerio de Hacienda en la cual se declaró que no eran baldíos unos lotes de terreno; la resolución número 215 de 4 de julio de 1918 proferida por el Ministerio de Agricultura y Comercio en que se hace una declaración análoga a la anterior y certificados de registro sobre determinadas escrituras.

“Noveno.—Los títulos de origen relacionados en el punto séptimo de esta demanda —a que se refirió la estimación sumaria de la Corte— son absolutamente ineficaces como pruebas de que los terrenos deslindados en el punto primero hubieran salido legalmente del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873; ineficacia ésta que proviene tanto de ser indeterminadas como de ser indeterminables, siquiera razonablemente, las estancias de tierras materia de las sedicentes adjudicaciones o mercedes hechas a favor de Marrufo Negrón, Ríos Redondo, Ballejo y Naranjo.

“Décimo.—Esos mismos títulos de origen son ineficaces también como pruebas de dominio privado por no haber sido expedidos con todas las formalidades esenciales exigidas por la legislación

española entonces vigente, tales como entrega real y verdadera del inmueble, demarcación, mensura y alinderamiento del mismo, confirmación del título hecha por las autoridades legalmente competentes, etc.

“Undécimo.—Suponiendo inobjetables los títulos de que se viene tratando, los terrenos a que ellos se refieren hubieron de reincorporarse al patrimonio de la Nación; y ello por falta de confirmación legal de los títulos y por falta de cultivo de los terrenos a que ellos dijeron referirse, tal como lo prevenía la legislación española entonces imperante.

“Duodécimo.—Suponiendo —también graciosamente— que los títulos en cuestión fueran perfectamente válidos y dando por sentado, además, que las tierras a que ellos dicen referirse no hubieran revertido al patrimonio nacional por ninguna de las causas determinadas en la legislación de España, tal reversión se operó, en favor de la Nación, por no haberse realizado el registro prevenido en el artículo 14 de la ley de 13 de octubre de 1821, ni haberse sacado el “título” ordenado en el artículo 5º.

“Décimotercero.—En la misma hipótesis graciosamente de la validez y eficacia de los títulos originales citados, los terrenos a que ellos se refieren cubrirían una extensión máxima de diez mil hectáreas, aproximadamente, ubicada en todo caso fuera del globo de terreno solicitado en contrato por la Sociedad denominada *Sindicato de Inversiones* y cuyos linderos se detallaron en el punto primero de esta relación.

“Décimocuarto.—Los títulos entre particulares, por larga e ininterrumpida que pueda ser la cadena que formen, no constituyen prueba idónea para demostrar que por su virtud salieran del patrimonio de la Nación, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, los terrenos determinados en el punto primero de esta relación.

“Décimoquinto.—Las resoluciones oficiales de 22 de noviembre de 1880 y 4 de julio de 1918 proferidas respectivamente por los antiguos Ministerios de Hacienda y de Agricultura y Comercio, no prueban, ni por sí, ni por los títulos que pudieran motivarlas, que los terrenos determinados en el punto primero de esta relación, hubieran salido del patrimonio nacional precisamente con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

“Décimosexto.—Los terrenos a que me vengo refiriendo son incultos baldíos y como tales pertenecen en propiedad a la Nación”.

Y en derecho dijo invocar “el artículo 10 de la

ley 160 de 1936, este mismo precepto en relación con las disposiciones de la legislación española vigente en la época de la Colonia sobre enajenación de terrenos baldíos, los artículos 5º y 14 de la Ley 13 de octubre de 1821 y todas las demás disposiciones que fueren pertinentes”.

Aceptada la demanda y corrido el traslado de rigor a la Compañía demandada, oportunamente le dio respuesta por medio de su apoderado especial, doctor Pedro M. Carreño, una vez que así se dispuso, al declararse no probada la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, propuesta por el Gerente de la mencionada Empresa, aceptando como ciertos los hechos 1º a 5º, negando los marcados con los números 9, 10, 11, 14, 15 y 16, y, en relación con los restantes, formulando las observaciones que estimó conducentes para desvirtuarlos e impugnarlos, terminando por oponerse a todas las peticiones de la demanda y negando el derecho de la Nación para hacerlas y proponiendo, finalmente, las excepciones perentorias siguientes: “a) Inexistencia de la acción intentada por la parte demandante; b) Prescripción extraordinaria; c) Prescripción ordinaria”.

Con la respuesta fueron presentados diversos documentos que se mandaron tener como pruebas, para reconocerles su valor al tiempo de fallar.

Abierto el juicio a pruebas y practicadas las que ambas partes tuvieron por conveniente aducir en defensa de sus derechos, adelantado fue el juicio por los trámites que le son propios hasta culminar con el fallo de treinta y uno de agosto de 1950, proferido por el expresado Tribunal en el sentido de declarar no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada accediendo en cambio a hacer las declaraciones solicitadas por la Nación en el libelo inicial del juicio, con especial referencia al lote de terreno tal como fue singularizado en el hecho primero, preinserto, de la demanda.

De esta decisión pasa a ocuparse esta Sala de la Corte, en virtud de apelación interpuesta y concedida al apoderado de la Compañía demandada, agotada como aparece la tramitación propia de la segunda instancia.

La acción instaurada en el presente caso por la Nación en ejercicio de la facultad o derecho que al efecto otorga el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, fue propuesta en tiempo oportuno, es decir, dentro de los dos años siguientes contados a partir del fallo de fecha 10 de abril de 1940, medianamente el cual esta Sala declaró fundada la oposición formulada por la Richmond Petroleum Company

of Colombia a la propuesta de contrato hecha ante el Ministerio respectivo por la sociedad anónima denominada “Sindicato de Inversiones”, para la explotación de petróleos de propiedad nacional que pudieran existir en el globo de terrenos baldíos que se singulariza en el hecho primero de la demanda, origen del presente juicio, circunstancia que aparece acreditada con la copia auténtica de aquella sentencia, que obra en autos, aducida como prueba por la entidad demandada.

En consecuencia, bajo este aspecto, y también en consideración al hecho de aparecer plenamente acreditada la personería de las partes contendientes, con las pruebas adecuadas al caso, se procede a decidir lo que fuere legal.

Ante todo importa advertir que el Tribunal fundó su decisión favorable a la Nación en la circunstancia de no haber demostrado la Compañía demandada que las tierras a que se refiere la demanda son las mismas cuyo dominio alega, ni siquiera que esas tierras se encuentren comprendidas dentro del globo de tierras que la misma Compañía dice haber adquirido en propiedad.

En los siguientes pasajes del fallo se sintetizan esas razones:

“Esta cuestión es fundamental para la recta decisión de la controversia sometida a la consideración del Tribunal, pues, como anteriormente se vio, tratándose de un juicio entre la Nación y un particular, en el cual se disputa la propiedad de un terreno, si el particular que alega dominio no lo demuestra, el litigio debe fallarse en favor de la Nación que está amparada por la presunción de dominio. Y para comprobar el dominio es necesaria la plena identificación de los bienes materia de la demanda y de aquellos que figuren en los títulos del particular que alegue dominio.

“En concepto del Tribunal los títulos originales de la Compañía no acreditan, de manera plena conforme a la ley, que los terrenos dados en merced a Juan Marrufo y Negrón, Ríos Redondo, Cristóbal Ballejo y José Naranjo, sean los mismos a que se refiere la demanda incoada por la Nación, o que dentro de ellos estén comprendidas las tierras que ésta señala en el libelo. El punto es oscuro, y ni siquiera pudo ser aclarado suficientemente con las otras pruebas presentadas por la Compañía.

“En estas condiciones, forzosamente la acción intentada por la Nación, para que se declaren de su propiedad los petróleos y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse en el

lote de terreno determinado en la demanda, está llamada a prosperar, pues como ya se vio, la Compañía demandada que alega dominio sobre ese lote, no logró demostrarlo por falta de identificación, requisito indispensable en estos casos".

Como acertadamente lo expresó el Tribunal "se trata de decidir en este negocio si los terrenos de que habla la demanda salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 160 de 1936; o si por el contrario esos terrenos pertenecen todavía a la Nación".

Dicho está que la Compañía demandada, ahora, obtuvo de esta Sala de la Corte, en abril de 1940, fallo favorable en relación con la oposición que formulara a la propuesta de contrato hecha por el Sindicato de Inversiones para explotar petróleo en el globo de terreno que singulariza el hecho primero de la demanda con que se inició el presente juicio y a que se refieren, en concreto, las declaraciones impetradas por la Nación.

Se trata conforme a la legislación de petróleos, de revisar, por medio de un juicio ordinario, lo decidido en el breve y sumario a que acaba de aludirse. Ahora bien, como las pruebas aportadas por la Compañía demandada son en lo general las mismas que adujo en el juicio breve y sumario de la referencia, entre las cuales se encuentran los títulos que se invocan, emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, como demostrativos, en su sentir, del derecho que se alega sobre ese globo, particularmente en cuanto a la propiedad del subsuelo petrolífero, y en virtud de los cuales fue declarada fundada la oposición que hiciera, del caso es proceder a su estudio y análisis para ver si ellos tienen o no el alcance y significación que hubo de asignárseles en la decisión de 1940.

Ante todo conviene poner de presente que esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de ocuparse, por cuatro veces consecutivas, del estudio de dichos títulos, que contienen las mercedes de tierras hechas en la época colonial, por las autoridades correspondientes, a Juan Marrufo y Negrón, Francisco de los Ríos Redondo, Joseph Naranjo y Cristóbal Vallejo, adjudicaciones que constituyen los antecedentes más importantes en relación con las llamadas Tierras del Río del Pescado; primero en 1940, esto es cuando se decidió el juicio breve y sumario que ahora se revisa en cierto modo por el que es materia del presente estudio; luego en 1943 (15 de octubre)

al fallar el juicio breve y sumario a que dio lugar las oposiciones hechas por la Compañía del Lebrija y "Ujueta Hermanos" a la propuesta de contrato formulada por Alberto Isaza, oposiciones que se declararon infundadas; después en 1944, con motivo del juicio breve y sumario a que dio lugar la oposición que hiciera la misma Compañía hoy demandada, a la propuesta de contrato formulada por Hernando Franco C. para explotar petróleos en un lote de terreno situado en los Municipios de Rionegro, Lebrija y Puerto Wilches, oposición declarada infundada mediante fallo del 14 de abril de aquel año y finalmente en 1951, en que se acogieron las conclusiones del fallo de 1944, en cuanto a las zonas que cobijaron las mercedes citadas.

De manera que ésta es la quinta vez que trata la Corte el mismo tópico, para llegar a las mismas conclusiones adoptadas en el fallo de julio de 1944, en relación con las mercedes o adjudicaciones de que se viene hablando, sobre su alcance, ubicación y extensión por estimar que allí se agotó, como bien puede afirmarse, la materia sobre ese particular y por juzgar más acordecas esas conclusiones con lo que al respecto traducen los títulos que amparan las mercedes concedidas.

En consecuencia, y por estimar inoficioso un nuevo estudio, suficiente es reproducir en su integridad lo expuesto sobre el particular en el memorado fallo de 14 de julio de 1944, a saber:

"Las mercedes de tierras a Juan Marrufo y Negrón, Francisco de los Ríos Redondo, Joseph Naranjo y Cristóbal Vallejo, aducidas como origen del título del opositor.

En el capítulo primero del alegato presentado por la Richmond a la Corte se afirma que estas adjudicaciones constituyen los antecedentes coloniales más importantes en relación con las llamadas tierras del río Pescado, nombre con el cual se designa todo el globo que comprende las referidas mercedes. Hace en seguida el alegato un análisis de esas adjudicaciones, las que propone como demostrativas de que los terrenos correspondientes salieron del dominio de la Corona y en parte pasaron por transmisiones sucesivas al dominio de la Richmond Petroleum Company Of Colombia, el que se ha venido ejercitando sin interrupción desde hace doscientos treinta años como dominio privado, reconocido y garantizado por la legislación y las autoridades de la Colonia y la República.

"Adjudicación a Juan Marrufo y Negrón.

"Los documentos en que consta, allegados a

los autos, dicen, en lo principal, lo que pasa a transcribirse, respecto al pedimento, la entrega y posesión, la confirmación y una segunda posesión o entrega:

"Pedimento. "Señor Presidente Gobernador y Capitán General de este Reyno. Miguel Gerónimo González en nombre del Gobernador don Juan Marrufo Negrón, vecino de esta ciudad, y en virtud de su poder que presento con la solemnidad necesaria ante V. SSa. parezco como mejor aya lugar en dro. y Digo que el Dho. mi parte es persona benemérita y se alla con obligaciones y necesita para ayuda de su sustento y el de su familia el que F. Señoría se sirva de acérle mrd. de unas tierras y dos caballerías en ellas en el sitio que llaman la quebrada de la Mona, jurisdicción de la ciudad de Pamplona, corriendo río abajo de Cachiri hasta dar en el río de la Magdalena respecto a que dha. tierra está despoblada Baldía y Eriaza siempre desde la conquista del Reyno y Publándola mi parte se sigue utilidad al vien público en cuya conformidad se ha de servir V. señoría de mandar se despache mandamiento de Diligencias en la forma ordinaria, etc., etc.... Miguel Gerónimo González". Título: Autos y vistos... Mediante lo cual libro el presente y por él en nombre del Rey Ntro. Señor y en virtud de la facultad que suya tengo ago merced a vos el Gobernador don Juan Marrufo y Negrón de las tierras y estancias contenidas en vro. pedimento incluzo en atención averse echo las diligencias que así mismo han incluzas devajo de los límites y linderos que señalais y en ellas se expresan para que las tengais, poseais y cultibeis como cosa vra. propia etc., etc.,... Fho; en la ciudad de Santa Fé a doce de diciembre de mil setecientos y siete años. Don Diego Córdoba Lazo de la Vega. Por mandato de su Señoría. Esteban Gallo, escribano Real y teniente de la Cámara'. Entrega y posesión: 'En la ciudad de Pamplona, en primero de junio de mil setecientos y ocho años yo Don Juan Ubaldo Jaimes de Figueroa, Regidor Perpetuo por su Majestad en ella y en quien está depositada la bara de alcalde Hordinario de esta ciudad aviendo sido requerido con este Despacho por parte del Gobernador Don Juan Marrufo y Negrón, dije se guarde, cumpla y execute según y como en el se contiene, expresa y declara y en su ejecución y cumplimiento se da comisión la que sea necesaria y en dro, se requiere para valer Egidio Jaimes para que con vara alte de la Real Justicia entre en posesión de esta parte de las tierras contenidas en este título, la cual se

dará real, actual, sivil velquasi conforme a dro. y en caso de que el dro. Gobernador Don Juan Marrufo no tome dha. posesión personalmente le dará a quien tuviere su poder y lo pondrá por razón para que conste y así lo provey, mandé y firmé y con testigos por no aver Escribano. Juan Ubaldo Jaimes de Figueroa. Tgo. Xotoval Caballero. Tgo. Pedro Carvajal". "En el sitio de la quebrada de la Mona y sitio de VagaLoma términos y jurisdicción de la ciudad de Pamplona en veintidos días del mes de junio de mil setecientos y ocho años yo dho. juez aviendo llegado a dho. sitio en compañía del Gobernador don Juan Marrufo y Negrón para efecto de darle la posesión de las tierras contenidas en este Real título y en presencia de los testigos que me acompañaron le mandé a dho. apoderado la tomase, quien en su conformidad arrancó diferentes matas, quebró diferentes palos y se Revocó en dichas tierras y amojonó con piedras sus linderos por lo que toca a la frente de dichas tierras comenzando el primero desde dicha quebrada de la Mona arriba con declaranza, que no se tendió cabuya y que se executó lo referido devajo de los linderos pedidos por dho. Gobernador y dados por el señor General de la Artillería Don Diego de Córdoba Lago de la Vega del Concejo de Su Majestad su Presidente Govern. y Capitán General de este Nuevo Reyno de Granada y el dho. apoderado en nombre de su parte dijo que aceptada dha. posesión y como cosa suya avida y adquirida con justo título la defendería en todas Instancias, etc., etc.,... Egidio Jaimes Calderón Laurian de Ortega. Diego Carrión'. Confirmación: Autos y Vistos apruebase y confirmase la anrd. echa al Gobernador Don Juan Marrufo Negrón vecino de esta ciudad por el Gobierno Superior de este Reino de las tierras y estancias que llaman la quebrada de la Mona de la jurisdicción de la ciudad de Pamplona corriendo río avajo de Cachirí asta dar en el grande de la Magdalena por constar echas las diligencias combenientes y estar pagado Su Majestad del Interés Equivalente y recaer la merd. en persona benemérita y digna de Gratificación y en consecuencia corra el mandamiento de posesión en virtud del título que se le despachó en dose de diciembre de mil setecientos y siete años sin embargo de la contradición echa por Joseph Esteban, Galán y otros consortes al tiempo que se le dió el dho. Govr. Dn. Juan Marrufo que fue el día ventidos de junio de mil setecientos y ocho años q. se declara no aver lugar en cuanto a este juicio por aver mas tiempo de dos años en que pu-

dieron aver ocurrido a este Juzgado a deducir su dro. Etc., etc.,... Así lo proveyó, mandó y firmó el señor Licenciado don Vicente de Aramburo, Cavallero del Orden de Santiago del Concejo de Su Majestad, oidor y Alcalde de Corthe de la Real Audiencia de este Reino y Juez Prevativo de las tierras de este Reino en virtud de Reales Cédulas en Santafé a tres de noviembre de mil setecientos y diez años. Don Vicente de Aramburo. Ante mi don Agustín de la Peñuela Carvajal, Reseptor. Mediante lo cual Libré el presente y por él en nombre del Rey Nuestro Señor y en virtud de la facultad que suya tengo, confirmo y apruebo la mrd. echa al Govern. Don Juan Marrufo y Negrón por el Gobierno Superior de este Reino de las tierras y estancias de la quebrada de la Mona en la jurisdicción de la ciudad de Pamplona, según los linderos contenidos en dha. mrd. por constar estar echas las diligencias necesarias y aver pagado a su Majestad su importe y recaer dha. Mrd. en persona benemérita y en virtud mando corra el mandamiento de posesión que se libró sin embargo de la contradición echa por Joseph Esteban, Galán y demás consortes que declaro no aver lugar por no aver ocurrido a los susochos. a usar de dro, a este Juzgado reservándoles éste en cuanto al juicio de propiedad y ordeno y mando a todas y cualesquiera justicias de aquel Distrito que siendo requeridos por parte de el dho. Governador Don Marrufo y Negrón lo amparen en la posesión de dhas. tierras y no consientan sea desposeido sin primero ser oído y vencido y así lo cumplan dhas. Justicias sin aser cosa en contrario, etc., etc.,... Fho. en Santafé a seis de noviembre de mil setecientos y diez años. Don Vicente de Aramburo. Por su Mdo. Don Agustín de la Peñuela Carvajal. Reseptor. Nuevo amparo de posesión 'Nos el Presidente y oidores de la Audiencia Real de Su Majestad a cuyo cargo este el Gobierno de este Virreinato, etc., etc.,... Autos y Vistos Librese Despacho cometida su ejecución a don Juan de Miaurio, Alcalde Mayor de las Minas de Betas de Pamplona para que de nuevo ampare y de posesión al Govern. don Juan Marrufo y Negrón en las tierras contenidas en el escripto lanzando las personas que en ellas hubiere introducidas y en especial a Diego Galán a quien derribará los Bohios que hubiere echo y ará pagar cómo está mandado los arrendamientos desde el día que le constó ser las tierras del dho. don Juan Marrufo y le sacará cien pesos en que la multa por la rebeldía y contumacia que ha tenido en oveder los manda-

tos superiores aviendo ocurrido a la Real Aud. y ganado Despacho subrepticamente en virtud de la comisión primitiva y en caso que aya muerto el dho. Diego Galán se sacará la multa de los que en sus bienes ubieren subsedido y se remitirá a mi Juzgado y lo mismo se entienda en los arrendamientos. Mediante lo cual libré el presente y por él los ordeno y mando que siendo requerido por parte del dho. Governador don Juan Marrufo y Negrón o como os fuera entregado en cualquier manera veais el auto incluso por mi proveído, lo guardeis, cumplais y excenteis y llevas y llevaréis a devida ejecución con efecto y sobre que la tenga luego y sin dilación pasareis de nuevo a dhas. tierras y estando en ellas y con el ejecutorial y posesiones que se le an dado que se le buelbe original para el efecto y lo ampareis en éxas debajo de los límites y linderos que en el título se contienen que por el presente le amparo en dichas tierras para que como suyas propias las goze y posea según y como las a poseído desde dha. mrd. asta aquí y le daréis posesión de todas ellas y executando lo referido si alguna o algunas personas las ocuparen o estuvieren introducidas las lanzareis y en especial a Diego Galán a quien derribareis los Bohios que hubiere echo y ganados que tubiere y procedereis por todo rigor en dro. Etc., etc.,... Fho. en Santafé a veintitrés de octubre de mil setecientos y diez y siete años. Don Luis Antonio de Lozada, Por mandado de Su Señoría. Don Martín Carlos Saens del Pontón. Mediante lo quel acordamos librar el presente y por él hordenamos y mandamos y a el Alcalde Mayor actual de las Betas de Pamplona que siendo requerido o como le fuere entregado por parte del Suplicante Govern. Don Juan Marrufo Negrón vea el despacho suso ynsero y Decreto por Nos proveído y lo guardeis, cumplais y executeis y agais guardas, cumplir y ejecutar según y como en él se contiene y declara asiendo se lleve a pura y devida ejecución con efecto sin ir ni pasar contra su tenor y forma en manera alguna pena la contenida en dho. Despacho y de otros cien pesos más aplicados en la forma horda, so lo cual mandamos que no aviendo escribano lo notifique persona que sepa leer y escribir con testigos. Fho. En Santafé a veinte y dos de enero de mil setecientos y veinte y uno años. Don Juan Gutiérrez de Arze. Don Joseph de Leisequille. Por su mandado Don Juan Joseph García". Segunda posesión o entrega: "En el sitio de Bagaloma en veinte y seis de abril de mil setecientos y veinte y dos años y don Joseph de Vela Patiño, familiar

del Santo Oficio, Alcalde Mayor de los Reales de Minas de los de Vetos y demás de su jurisdicción por Su Majestad en virtud de lo mandado du posesión de Egidio Jaimes de las tierras que constan en dhos. autos y en señal de dha. Posesión arrancó yervas, mudó piedras y demás sereñonias acostumbradas. La quel posesión fue en nombre del Gobernador Don Juan Marrufo y Negrón en virtud del poder presentado sivil, Leal y Velquasi según dro, y para ello citó Pablos Durán y a Laurián de Ortega vesinos mas cercanos y lo firmé y firmo el dho. Egidio Jaimes con tgos. por no aver escribano, don Joseph de Vela Petiño. Tgo. Francisco Antonio Idalgo Ladrón de Guevara. Joseph de Cuevas. Egidio Joseph Jaimes”.

“Refiriéndose el abogado del opositor a los documentos transcritos, los comenta así:

“En primer término, el pedimento. Dice así:...

“Se sirva hacerle merced de unas tierras y dos caballerías en ellas en el sitio que llaman la quebrada de la Mona, jurisdicción de la ciudad de Pamplona, Río abajo de Cachirí asia dar en el río de la Magdalena” (1707). ¿Qué debe entenderse por esta petición? Es indudable que la intención del peticionario fue la de obtener una adjudicación que le diera derecho, de acuerdo con su pedimento, a terrenos comprendidos dentro de los linderos mencionados: ‘La quebrada de la Mona, río abajo de Cachirí hasta dar en el Río de la Magdalena’. Los otros documentos, o sea, el título, la confirmación, la entrega y amparo de posesión, se hallan en completa armonía entre sí y con el pedimento. El título (1707) dice:... ‘En nombre del Rey Nuestro Señor, y en virtud de la facultad que suya tengo, hago merced a vos el dicho Gobernador Don Juan Marrufo y Negrón de las tierras y estancias contenidas en nuestro pedimento incluso en atención de haberse hecho las diligencias que así mismo van incluidas, debajo de los límites y linderos que señaláis y en ella se expresan...’ La primera diligencia de entrega o posesión (1708) dice:... ‘Yo el dicho Juez, habiendo llegado a dicho sitio (La Mona) en compañía del Gobernador Don Juan Marrufo y Negrón y para efecto de darle posesión de las tierras contenidas en este Real título...’ En seguida añade:... y se amojonó con piedras sus linderos por lo que toca a la frente de dichas tierras comenzando el primero desde dicha quebrada de la Mona arriba con declaración que no se tendió cabuya y se ejecutó lo referido debajo de los linderos pedidos por dicho Gobernador y dados

por el señor General de la Artillería Don Diego de Córdoba Lazo de la Vega’. (Pedimento y título). La confirmación (1710) dice: “Autos y Vistos apruébase y confirmase la merced hecha al Gobernador don Juan Marrufo Negrón vecino de esta ciudad por el Gobierno Superior de este Reino de las tierras y estancias que llaman la quebrada de la Mona de la jurisdicción de la ciudad de Pamplona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el grande de la Magdalena... y en consecuencia corra el mandamiento de posesión en virtud del título que se le despachó en doce de diciembre de mil setecientos y siete años... que fue el día veintidos de junio de mil setecientos y ocho años... Más adelante añade: ‘Mediante lo cual libré el presente y por él en nombre del Rey Nuestro Señor y en virtud de la facultad que suya tengo confirmo y apruebo la merced hecha al Gobernador Don Juan Marrufo y Negrón por el Gobierno Superior de este Reino de las tierras y estancias de la quebrada de la Mona en la jurisdicción de la ciudad de Pamplona según los linderos contenidos en dicha merced...’ El nuevo amparo de posesión (1717)-(1721) dice: ‘Nos el Presidente y Oidores de la Audiencia Real de su Majestad a cuyo cargo está el Gobierno de este Virreinato. etc., etc.,... Autos y Vistos librese Despacho cometida su ejecución a Don Juan de Miaurio, Alcalde Mayor de las Minas y Vetos de Pamplona para que de nuevo amparara y dé posesión al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón de las tierras contenidas en el escripto...’ Más adelante dice: ‘...Y le ampareis en ellas debajo de los límites y linderos que en el título se contienen que por el presente la ampare en dichas tierras para que como suyas propias las goce y posea según y como las ha poseído desde dichas merced hasta aquí y le daréis posesión de todas ellas...’ Luego añade: (El Presidente y los Oidores): ‘Mediante lo cual acordamos librar el presente y por él ordenarsen y mandamos a el Alcalde Mayor actual de las Vetos de Pamplona que siendo requerido o como le fuere entrega por parte del suplicante Gobernador Don Juan Marrufo Negrón vea el despachq suso inserto y decreto por nos preveído y lo guardéis, cumpláis y ejecutéis y hagáis cumplir y ejecutar según como se contiene y declara haciendo se lleve a pura ejecución con efecto sin ir ni pasar contra su tenor y forma en manera alguna...’ La segunda entrega o posesión (1722) dice: ‘...En virtud de lo mandado di (habla el Juez comisionado,) posesión a Egidio Jaimes de las tierras que constan en

dichos autos... La cual posesión fue en nombre del Gobernador don Juan Marrufo y Negrón... No cabe, pues, duda ninguna, en presencia de los documentos auténticos citados, todos armónicos y contextes entre sí, producidos en el decurso de quince años (1707 y 1722) y autorizados por distintos funcionarios de la Corona Española, de que las tierras de la merced hecha al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón fueron segregadas del conjunto de realengos por sus expresados linderos o sean: 'La quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el grande de la Magdalena, para ser entregadas como lo fueron realmente al citado Gobernador, a quien se amparó en todas ellas, reconociéndose expresamente la posesión ejercida por éste desde la fecha de la merced (12 de diciembre de 1707) hasta la última entrega realizada el veintiseis de abril de 1722: 'Y lo amparéis en ellas debajo de los límites y linderos que en el artículo se contienen... para que como suyas propias las goce y posea según y como las ha poseído desde dicha merced hasta aquí y le daréis posesión de todas ellas dice la sentencia de veintitres de octubre de mil setecientos diez y siete conforme a la cual se le hizo la entrega el 20 de abril de 1722'.

"Para la Corte no tienen los documentos transcritos el significado que pretende deducirles el opositor.

El pedimento se hizo, como lo anota el señor abogado, con la intención de obtener una extensión de terrenos determinados o determinables; pero para hacer la determinación el pedimento dio solamente estos datos: "Unas tierras y dos caballerías en ellas en el sitio que llaman la quebrada de la Mona jurisdicción de la ciudad de Pamplona, río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena". Claramente se indica un punto o sitio arcifinio, el de la quebrada de la Mona, donde la adjudicación debía tener lugar, y a donde se trasladaron los funcionarios que intervinieron en las diligencias de posesión y entrega. Este sitio, así llamado por el pedimento, el de la quebrada de la Mona, constituye realmente la única referencia cierta y de ubicación; en él debía hacerse la entrega y allí se hizo. Desde luego que el contenido de la entrega tampoco se determinó en su origen, para la localización de las caballerías de tierras adjudicadas. Pero sí es evidente que el título se otorgó, que fue confirmado y que se entregaron, como así lo acreditan las diligencias, de posesión y entrega, las tierras a que el título

se refirió. Desafortunadamente las solas indicaciones sobre ubicación contenidas en el pedimento, son las únicas que pueden servir para la identificación de los terrenos, pues el título mismo, las diligencias de posesión y amparo y la confirmación se refieren todas a los datos del pedimento: el título se otorga "debajo de los límites y linderos que señalais y en ellas se expresan"; la primera diligencia de entrega y posesión la de 1708, se hizo "para efecto de darle posesión de las tierras contenidas en este real título"; el amojonamiento "por lo que toca a la frente de dichas tierras" se practicó "debajo de los linderos pedidos por dicho Gobernador" y dados por el señor General de Artillería don Diego de Córdoba Lasso de la Vega", que son los del título; la confirmación se hizo sobre "las tierras y estancias que llaman la quebrada de la Mona" disponiéndose que "corra el mandato de posesión en virtud del título" o sea por los linderos indicados en éste; el amparo de 1717 se hizo "debajo de los límites y linderos que en el título se contienen"; y la entrega o posesión de 1722 ratificó la anterior posesión.

"Obsérvese cómo la diligencia de posesión del 22 de julio de 1708 advierte la circunstancia de haber llegado el Juez a dicho sitio (el de la quebrada de la Mona) en compañía del Gobernador don Juan Marrufo y Negrón, para efecto de dar la posesión, y que en el mismo día 22, en que se extiende la diligencia y se recibe la posesión, don Juan Marrufo "amojonó con piedras sus linderos por lo que toca a la frente de dichas tierras". La diligencia de posesión no se refirió, pues, a varios puntos o lugares, sino al sitio de la quebrada de la Mona, que fue el único que a su vez se indicó como tal, como sitio, en el pedimento de Marrufo. Las otras expresiones y palabras allí consignadas, a saber: "corriendo el río abajo de Cachirí hasta dar en el Río de la Magdalena", no indican un sitio o lugar determinado y podrían entenderse como un complemento indicativo del lugar donde debía encontrarse el sitio que llaman la quebrada de la Mona, en el que la adjudicación habría de hacerse, sitio que debería hallarse "corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el Río de la Magdalena". Si el sitio de la quebrada de la Mona podía abarcar las dos caballerías de tierras, en la continguidad de esa quebrada, como evidentemente las pudo comprender, la referencia a los ríos Cachirí y de la Magdalena apenas podría tener el significado de indicar la zona o región en que a su vez se encontraba o

podía hallarse "el sitio que llaman la quebrada de la Mona".

"Reafirma el concepto expresado acerca de que la adjudicación a Marrufo no debía extenderse a más de dos caballerías de tierras la expresión del pedimento en que dice su apoderado: "y necesita para ayuda de su sustento y el de su familia el que V. Señoría se sirva hacerle merced...". No se trataba, por tanto, de obtener una adjudicación para desarrollar en ella grandes empresas que requerirían grandes extensiones de tierras, sino para derivar lo necesario al sustento del peticionario y de su familia.

"Las consideraciones que preceden hacen ver a la Sala que la merced a Marrufo y Negrón debe razonablemente entenderse ubicada en el lugar a que el título se refirió, como ya se ha visto, en el sitio de la quebrada de la Mona, y no en otros sitios o lugares, y limitada, desde luego, a la extensión de dos caballerías. El área que se pretende cobijada por ese título, según el opositor, es muchas veces mayor, de trescientas mil hectáreas aproximadamente, conforme a los estudios técnicos que obran en el expediente. Lo que se explica porque se extiende a zonas distintas y muy distintas del sitio de la quebrada de la Mona, por todo el río Lebrija hasta el Magdalena. Tan considerable extensión y ampliación se explican así mismo, por las interpretaciones que se le han dado a la merced de Marrufo con base en las palabras de ellas: "Corriente del río Cachirí abajo hasta dar al río grande de la Magdalena".

"No puede la Corte admitir el valor del mencionado título como comprensivo de una extensión tan dilatada de tierra. La compañía opositora presenta como razones para sustentar y defender la interpretación contraria principalmente las que deduce de un interesante estudio que hace de lo que ha de entenderse por sobras de tierras en una adjudicación colonial, considerando que otra merced que en seguida se examina, la de Miguel Francisco de los Ríos Redondo y las sobras de éste o de la de Marrufo, o de ambas, completaron y perfeccionaron la titularidad, la posesión y el dominio privado del extensísimo globo de tierra en el cual la Richmond Petroleum Company alega tener la propiedad del subsuelo petrolífero.

"Adjudicación a Miguel Francisco de los Ríos Redondo.

"En el mes de abril de 1742 Miguel Francisco de los Ríos Redondo, por medio de apoderado, hizo al Juez Privativo de Tierras esta solicitud: "Francisco Garzón Melgarejo, Proc. de esta Rl.

Aud. en nombre de don Francisco de los Ríos Redondo, vesino de la ciudad de Pam. y en virtud de su poder que presento solemnemente paresco ante V. S como aya lugar en derecho y digo: que mi pte. a costa de grandísimo trabajo ha descubierto unas tierras realengas en términos del Valle de Cácuta de Suratá y jurisdic. de Pa. que llaman Cachirí, las que por tener mi pte. cresida familia, necesita, y pr, ser hijo mi pte. de conquistadores de aquellos ptes, y aver obtenido los empleos de Repca. en que ha servido a su Magd. Supcpr. dho. mi pte. en esta atensa, se sirva hacerle merced de las referidas tierras pr, ser realengas y no averlas descubierto otro qe. mi pte, con el inconveniente de no tener veredas y así no tener este mrd. perjuicio, ni de naturales ni otro tercero; que está pronto mui pte. a contribuir con lo que pr. ello se ordenare con declarasn. que dhas. tierras de que así pido merc. se contienen y tiene por linderos, la pte. donde se junta la quebrada de Cachirí con el río del Pescado; dhas. juntas y río del Pescado arriba pr. uno y otro lado hasta dar dos serros qu. están frente uno de otro qe. llama el uno serro de Santiago, el otro de Manzano", etc., etc., por auto de 27 de abril de 1742, el Juez Privativo de Tierras libró despacho de diligencias en la forma ordinaria para que el Juez del Distrito que fuere requerido proceda hacer vista de ojos de las tierras que en este escrito se expresan recibiendo Información con testigos de ciencia y conciencia que declaren así éstas tierras están baldías o nó, si se halla alguna o algunas personas en posesión con título o sin él, qué linderos tienen y qué estancias habrá midiéndolas, etc., etc." En cumplimiento del auto anterior, el señor don Andrés González y Quirós, alguacil mayor del Cavildo y Alcalde Ordinario de Pamplona, con fecha 24 de julio de 1742, procedió a verificar las diligencias del caso para lo cual se le hizo 'saber a Isidro Vásquez Santos Gil residente en este Valle quien tiene tierras contiguas a las que se piden pr. de su Magtad. Que Dios guarde en el mencionado despacho' El mismo día, Isidro Vásquez Santos Gil se opuso ante el citado funcionario así: "...y digo que Vmd. se me hizo saver un despacho librado por el Juez privativo de tierras, a pedimento de don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, en q. pretende que se le haga merced de unas tierras en Cachirí cogiendo el río del Pescado arriba representado por tierras baldías o sin dueño sobre lo cual se contradigo una, dos y tres veces, y las más que el dho. no permita porque las dichas tie-

rras son mías y de los herederos del Bachiller don Juan Ignacio Salgado, pues entre él y yó las compramos a doña Margarita Marrufo, hija y heredera del Gobernador don Juan Marrufo y Negrón a quien su Mgd. hizo merced de dhas. tierras a tiempo de treinta y cinco años cuyos límites y linderos son a lo largo desde el río Cachirí al río Grande de la Magdalena como consta por los títulos que presento con la solemnidad necesaria (y pido que se vuelvan originales para su guarda en dcho. y ocurrir donde se convenga) y siendo así que el dho. río del Pescado atraviesa las dichas mis tierras se falsifica ser baldíos las orillas y vegas que por dho. río arriba ay pues se incluyen en mis títulos; pues se ve que la dicha pretensión es surrepticia y malisiosa así por lo dicho como porque el dho. don Miguel Redondo me ha tratado de comprar dichas. tierras, y por su voca confiesa aberlas escrito a los herederos del dho. Bachiller Juan Ignacio Salgado, pretendiendo le vendan la parte que tienen, luego nos reconoce por dueños y se verifica no ser valdías como representa en su pedimento y también se ve que no ignora qué las dhas. tierras tienen dueño, porque veinte y ocho años a que fué tgo. como consta por su firma en mis instrumentos de que a pedimento del dho. Gobernador don Juan Marrufo se lanzó de ellas a Diego Galán persona que estaba poblada en ellas y como vesino de este valle no ignora tampoco que son nuestras y que con nuestra licencia tienen tres o cuatro vesinos cultivadas sus estancias de cacao. Y puesto a que con su surrepticio informe me inquieta estando yo en quieta y pacifica posesión y será preciso ocurrir ante el señor Juez privativo de tierras, y en ellas se me seguirán muchos quebrantos, se a de servir Vmd. y lo suplico de mandar que dicho don Miguel Redondo me adiançe todos los costos, costas y pérdidas y menoscabos que se puedan ofrecer..." El 26 de julio del mismo año de 1742, el mismo funcionario (González y Quiroz) en el sitio de Cachirí, acompañado de varios testigos a los cuales interrogó, practicó una visita ocular y conceptuó que no había lugar a la oposición de Santos Gil. Allí se dice: "...y lo dho. Juez bien enterado y con pleno conocimiento de los linderos que en dichos títulos se expresan dice no ha lugar a la contradicción de esta parte **por no perjudicarle el pedimento que se hace a las tierras realengas que se piden pr. de su Mgd. las que se incluyen en los límites y linderos del despacho que va por cabeza y devuélvansele los títulos como lo pide y esta parte ocurra a alegar**

contestando a la oposición hecha por Santos Gil dice: "...Y no obstante la contradicción hecha por el referido Isidro Vásquez se ha de servir Vmd. y se lo suplico de pasar y executar lo que en dho. despacho se previene mediante a que le consta de Bista ocular, y que en mi pedimento no perjudica a la merced q. se le dio al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón q. son los derechos que el dho. Dn. Isidro Vásquez tiene, y como consta de los títulos y merced que el dho. presenta con sus tierras en la quebrada de la Mona y río de Cachirí, y dos lomas de sabana donde se hizo lansamiento a Diego Galán en tirando quebrada abaxo de Cachirí a dar al Río grande de la Magdalena, y las de mi pedimento son muy distintas por coger el río del Pescado arriba de una banda y otra hasta rematar con las tierras de Cáchira de texada y camino real de Ocaña con las aguas y bertientes q. a dho. río dentran..." Pruebo no ser surrepticio informe ni introducirme en las tierras y merced q. se le iso al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón por estar por su naturaleza divididos y apartadas las unas de las otras y respondiéndolo que por su escrito dice q. yo traté de comprarle y que para ello solicité las partes del Bllr. Dn. Juan Ignacio Salgado digo que es cierto, pues el comprarles las que consta de su título no me perjudicaba ni impedían el comprar las realengas por de su Mgd. como al presente lo ago con que justifico no aver dolo ni malisia como el dho. delata como así mismo diese que tengo echada una firma y q. de ella consta en sus títulos digo que es cierto y que serví de testigo en el tiempo q. el dho. refiere en lansamiento que se le iso a Diego Galán, las cuales tierras reconosco por del dicho don Isidoro Vásquez y al presente las tiene arrendadas a diferentes vesinos del Balle de Surata...

"El juez comisionado, don Andrés González y Quirós, practicó las diligencias pedidas por el Juez privativo de tierras sobre la petición de Ríos Redondo. De dichas diligencias aparece que en vista de las dificultades para medir las tierras de dicho pedimento se procedió a regularlas, habiendo declarado los reguladores que dentro de los linderos expresados por Ríos Redondo 'habrá doce estancias de ganado mayor a nuestro legal saber y entender'; que dichas estancias fueron avaluadas a diez pesos cada estancia, y que hicieron los pregones de ellas. Una vez cumplidas las diligencias anteriores, el Juez comisionado las remitió al Juez privativo de tierras con el siguiente concepto: 'Yo, Don Andrés González. etc., etc.,... Certifico en cuanto puedo y con de-

recho devo y que haga fé, a los señores que la presente vieren, que habiendo pasado a este Valle de Cácuta de Surató de orden del señor Lizdo Don Manuel Bernardo Alvarez del Consejo de su Mgd. y su Fiscal Real en la Audiencia y Chancillería deste Nuevo Reyno de Granada, Juez General de tierras y sus composiciones, a efecto de que se reconozcan, regulen y avalúen las tierras q. don Miguel Franco de los Ríos Redondo, vesino de dha. ciudad y residente en este valle, a descuento ser realengas, a todo lo cual en observancia de lo mandado e asistido personalmente y según lo que tengo visto hallo puede su Señoría en dho. señor Juez General, hazer la mrd. que de ellas se pide devajo de los límites y linderos que demarcan las dose estancias reguladas y son desde donde se junta la quebrada de Cachirí con el río del Pescado dho. río arriba, de una banda y otra hasta dar al serro del Manzano y otro llamado de Santiago, en que se incluyen todas las quebradas q. a dho. río del Pescado entran, en cuya demarcación según la vista ocular allo no perjudicar, ni ser dagnificado sujeto ninguno, y que no obstante la contradicción que consta en las diligencias que remito y otro cualquiera informe que se puede hacer sobre el dro. que se pretende puedo justificar lo contrario, y porque así consté donde convenga doy la presente en este pueblo de Cácuta de Suraté, en veinte días del mes de septiembre de mil setecientos cuarenta y dos años. Andrés González y Quiros'. Llegadas las diligencias al conocimiento del Juez privativo de tierras, los sucesores del Gobernador Marrufo y Negrón insistieron ante él en sus puntos de vista, presentando los títulos y la información testimonial levantada con fecha 11 de septiembre de 1742 a que arriba se ha hecho referencia, así: '...En los autos sobre unas tierras en jurisdicción de dha. ciudad (Pamplona) que por vacas ha pretendido don Miguel Redondo decimos que habiendo ocurrido ante V. S. para que se nos considere término para presentar los títulos que tenemos en dhas. tierras y en que emos subsedido por compra a Dña. Margarita Marrufo, y haviéndome conducido yo, dho. Isidro, a esta Corte y traído los títulos y demás instrumentos, que comprueban el derecho de propiedad y posesión que hemos tenido yo y el dho. Juan Ignacio Salgado hasemos presentación de ellos y de la escritura de venta que se nos hizo de dhas. tierras para que en su vista se sirva V. S. de despreciar la pretensión de dho. Redondo, y ampararnos en dha. propiedad y posesión de las enunciadas tierras lo que en dro,

tiene lugar por las razones siguientes. Lo uno porque habiéndole condesido a don Juan Marrufo, primer dueño de ellas, el año de 707 por el Superior Gobierno, y amparándosele por tres despachos de los señores Jueces' privativos de tierras y dándosele posesión, en su virtud las hizo suyas, con justo título, y sus herederos, para poderlas vender, como con efecto nos las vendió por la escritura pública dha. Dña. Margarita pr. lo cual tenemos el derecho a ellas, y labrándolas y arrendándolas a las personas que constan de la información que solemnemente presentamos, por donde se evidencia, así el dolo con que ha proseedo dho. don Miguel Redondo, de querer presisar a los testigos para que declarasen a su complacencia, maltratándolos de obra y palabra como se expresa en sus declaraciones, y con ellas pretender derecho a lo que es nuestro, según sus linderos que son desde la quebrada de la Mona río abajo de Cachirí, a dar al río de la Magdalena en cuyo continente se halla el río que llaman del Pescado, y porque sus vegas son altas, y únicamente fértiles para haciendas de cacao y otros frutos pretende que dhas. vegas se excluyan de los términos de los linderos, porque se expresa el primer título dos caballerías, siendo así que se le ampara en dhos. títulos al primer poseedor en todo el continente de la tierra que siñen los dos linderos; y no haviéndosele concedido ad mensura, sino ad corpus, aiga más, o menos de dhas. cavallerías, toda la tierra que comprenden los linderos deve ser nuestra; lo otro porquo el dho. Dn. Miguel Redondo, habiendo informado con subrepción sobre lo realengo de dhas. tierras para conseguir lo que tiene verdadero dueño, este fraude no le deve patrocinar, sin ser motivo de excluirle de tan injusta pretensión sirviéndose V. S. de así mandarlo, con las penas correspondientes para que se execute lo que determinare, en justicia, ella mediante... Por da. Petronilla Subieta como su Procurador, Diego de la Plata. Dr. Rocha. Isidro Vásquez Gil'. El Juez privativo de Tierras, contra lo pedido por los sucesores del Gobernador Marrufo y Negrón, dictó el 24 de octubre de 1724 el siguiente auto: 'Vistos decláranse por realengas las dose estancias que constan reguladas por los peritos que nombró don Andrés González y Quirós, en cuya atención y a lo que resulta de las diligencias, presediendo el que la parte de Dn. Franco de Los Ríos Redondo exiva en reales cajas cien patacones cantidad correspondiente a diez estancias según el abalúo que se le hace merced de ellas de que se le despachará

título cumpliendo con la exsivisión sin perjuicio de naturales y de otro tercero que mejor derecho tenga, y respecto a que Joseph Naranjo y Xptobal Ballejo descubrieron, cultibaron y desmontaron el camino y tierra donde se hallan once años a en posesión desde luego su Señoría les admite y admitió a moderada composición en dos estancias que se regulan en diez y seis patacones lo que exivirán de por mitad en estas reales cajas a cuyo favor constando por certificación de oficiales reales el entero se les despachará igualmente título, con lo que se les releba del grabamen del arrendamiento, ni de venir tal ves a desamparar las posesiones en que se hallan y que a costa de su trabajo descubrieron, y por lo que mira a la pretensión de Doña Petronila Subieta y de Isidro Vásquez se les notifique usen del derecho que pretenden en el superior Gobierno. Albares. Provyo. el Sr. Lizdº don Manuel Bernardo Alvares Fiscal de su Mgd. en la Rl. Aud. de este Reino y Juez General Privativo de tierras, sus ventas y composiciones en Sta. Fé a veinte y cuatro de octubre de mil setecientos cuarenta y dos años' En seguida consta en el expediente el siguiente documento: 'Certifico que oy día de la fecha el Sr. Dn. Miguel Redondo enteró cien pesos por la composición que se le hizo de diez estancias en la jurisdicción de Pamplona. Así mismo enteró dos pesos un real y un cuartillo por la media anata y gastos de conducción correspondientes a dha. composición. Santafé y octubre 27 de 1742. Manl. de Porras'. La Real Audiencia con fecha 16 de noviembre de 1742, dictó el siguiente fallo: 'Vistos librese despacho para que presediendo medida y deslinde de las dos caballerías que constan de la merced hecha a Dn. Juan Marrufo y Negrón en dose de diziembre del año pasado de setecientos y siete, la mersed hecha a Dn. Miguel Francº de los Ríos Redondo en sobras. Y se comete al Juez más inmediato a dhas. tierras y en caso de que sea recusado se acompañará a costa de la parte recusante. Proveiose por los señores Virrey Presdte. y Oides. de la Aud. Rl. de su Mgd. Dn. Silvestre García de Quesada. Dn. Andrés Verdugo y Oquendo y Dr. Dn. Joseph de Oróstegui y Escoto. Oides. en Santafé a diez y seis de nove. de mil setess. quarenta y dosas'. Este fallo, después de un largo litigio entre las partes en el cual los sucesores de Marrufo y Negrón pidieron que fuera mantenido y Ríos Redondo que fuera revocado y que en su lugar se mantuviera el auto de 24 de octubre anterior por el cual el Juez de tierras declaraba como realengas las tierras de su

petición, fue confirmado por la misma Real Audiencia según auto de fecha 22 de diciembre del mismo año de 1742; 'Vistos. Confírmase el auto provehido en diez y seis de noviembre de el presente año y en lo demás pasen los autos al señor Juez General Privativo de tierras, etc., etc.'.

"Refiriéndose el señor abogado del opositor a los documentos transcritos, dice: 'En virtud de estos dos autos de la Real Audiencia (se refiere al de 16 de noviembre, ya inserto, y a otro que lo confirmó del 22 de diciembre) ya no cabe duda acerca de la calidad de las tierras pedidas por Ríos Redondo: éstas no eran realengas, como lo había declarado el Juez privativo de Tierras en auto de 24 de octubre, sino que hacían parte de la adjudicación hecha al Gobernador Marrufo y Negrón, dentro de cuyos linderos (la quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el grande de la Magdalena), tenía el citado Gobernador la facultad de escoger sus dos caballerías. Si esto no fuera así, la Real Audiencia hubiera confirmado de plano, como lo pidió insistentemente Ríos Redondo, el auto del Juez de Tierras que las consideraba realengas. Y la Real Audiencia no podía aceptar esta tesis porque, como se ha visto, todos los terrenos cobijados por los linderos dados por el Gobernador habían sido segregados de los realengos, sobre ellos se le reconoció título, sobre ellos se le hizo confirmación, sobre ellos se le amparó en varias ocasiones y ellos todos le fueron entregados (debajo de tales linderos) para que escogiera dentro de ellos sus dos caballerías. La razón de esto fue la de que se consideró en aquel tiempo que las tierras que comprendían los linderos del Gobernador 'eran tierras muy ásperas con muchos peñascos y montes y dos pedazos de tierra limpia muy cortos', como lo dicen los testigos Juan Páez y Luis de Palencia en las informaciones sobre las diligencias de aquella adjudicación. Por eso mismo la Real Audiencia ordenó en auto de nueve de marzo de 1743; 'que las dichas dos caballerías bajo los linderos expresados en la merced que se hizo a don Juan Marrufo y Negrón, debe entenderse en tierras útiles y en caso de no haberlas o que no alcancen en las inútiles sin salir de los límites y linderos contenidos en la expresada merced'. El litigio entre los sucesores del Gobernador y Ríos Redondo planteó, pues, la cuestión, y a partir de los dos fallos de la Real Audiencia que quedan citados, la adjudicación a Ríos Redondo no puede considerarse en tierras 'bacas o realengas', ni se contrae a las diez estancias que fueron re-

gulas dentro de los linderos dados por el citado Ríos Redondo, sino que se extendió sobre las sobras de la adjudicación hecha a Marrufo... No existe razón ninguna para limitar la adjudicación a Ríos Redondo solamente a las diez estancias que fueron reguladas dentro de los límites dados por éste, pues claramente se ve que la Real Audiencia no tuvo en mientes sobras de las dos caballerías dentro de los linderos dados a éstas. Si la merced o adjudicación a Ríos Redondo se hubiera limitado a diez estancias —como lo pretenden el ingeniero doctor Uribe y el abogado doctor Parodi, del Ministerio de Minas y Petróleos— sería evidente la necesidad de deslindar y medir primero las dos caballerías, luego las diez estancias, para luego verificar las sobras, lo cual está abiertamente contra el espíritu y el texto clarísimo de los fallos. Y no estará por demás examinar lo que en el lenguaje común y corriente se entiende por sobras. Y como se trata de fijar el significado y de precisar el alcance de un vocablo, parece lo natural ocurrir al Código autorizado del idioma, que lo es el Diccionario de la Academia Española. Dice éste, en su edición decimaquinta del año de 1925: 'Sobra, demasía y exceso en cualquier cosa sobre su justo sér, peso y valor... 4. Por ext. lo que queda o sobra de otras cosas'. Aplicando al caso la significación y alcance natural del término sobras, se tiene: 'demasía y exceso en cualquier cosa sobre su justo sér...'. ¿Cuál sér? el sér de dos caballerías, contenidas dentro de los linderos dados a la merced del Gobernador Marrufo y Negrón. Y añade el diccionario: 'Lo que queda o sobra de otras cosas'. Esto es, en el presente caso, lo que queda o sobra de la merced concedida al Gobernador por los linderos que en dicha merced se expresaron: 'la quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena'. Claramente se advierte que esta significación natural del término sobras armoniza de manera exacta y completa con los fallos de la Real Audiencia que quedan analizados antes y que fijaron la extensión de las adjudicaciones coloniales, con los dos únicos elementos que las integran... A la luz de los documentos que se dejan analizados no queda, pues duda ninguna de que las sobras a que se refieren los fallos de la Real Audiencia y del mismo Juez Privativo de Tierras, comprendieron todas las tierras quedantes de la merced hecha al Gobernador Marrufo y Negrón, y que la extensión comprendida dentro de los linderos de ésta ('la quebrada de la Mona corriendo río aba-

jo de Cachirí hasta dar en el grande de la Magdalena') ingresó íntegramente, desde entonces, con justo título al patrimonio particular del Gobernador don Juan Marrufo y sus sucesores y al de don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y Joseph Naranjo, no quedando pendiente otra cosa —como lo anoté antes— que la realización de la 'medida y deslinde de las dos caballerías', del Gobernador, para 'verificar las sobras' de Ríos Redondo".

Como ya se expresó, lo principal de la argumentación del señor abogado se basa en el significado que le atribuye a la expresión sobras, empleada en los documentos copiados y que también era de uso frecuente en documentos análogos producidos por las autoridades de la Colonia que intervenían en la adjudicación de tierras realengas.

El señor apoderado del opositor expresa en forma muy clara, su pensamiento de que la adjudicación a Ríos Redondo debió comprender y comprendió todo el sobrante de la merced a Marrufo, por los linderos, así llamados por él, que aparecen en la merced, a saber: "corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río grande de la Magdalena". Considera dicho señor abogado que a esa conclusión se llega principalmente por la interpretación que le dá a las providencias de la Real Audiencia y por el significado común u ordinario de la palabra sobras. Los autos de la Audiencia son del 16 de noviembre de 1742 y el de 9 de marzo de 1743. El primero dispuso: "Líbrese despacho para que precediendo deslinde y medida de las dos caballerías que constan en la merced hecha a don Juan Marrufo Negrón en doce de diciembre del año pasado de setecientos y siete, la merced hecha a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo se extienda en sobras". Y el segundo dijo:

"Que las dichas dos caballerías bajo los linderos expresados en la merced que se hizo a don Juan Marrufo Negrón debe entenderse en tierras útiles y en caso de no haberlas o que no alcancen en las inútiles sin salir de los límites y linderos contenidos en la expresada merced". Y el significado que le asigna a la palabra sobras lo lleva a afirmar que son en el presente caso "lo que queda o sobra de la merced concedida al Gobernador por los linderos que en dicha merced se expresaron 'la quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río grande de la Magdalena'".

"Estima la Corte equivocada la interpretación que hace el representante del opositor de lo dis-

puesto en los autos de la Real Audiencia, y la deducción que de ellos saca, de que las sobras de la merced a Marrufo no eran tierras realengas.

"En primer lugar, el entendimiento natural y directo del primer auto de la audiencia, derivado de su simple lectura, es muy otro del que le dá el señor abogado. La providencia del 16 de noviembre de 1742 dispuso que prescindiendo el deslinde y la medida de las dos caballerías a que se refirió la merced hecha a Marrufo, la que se hizo a Ríos Redondo se entiende en sobras. Esta expresión, por sí sola, y con los antecedentes conocidos a través de los autos, no admite un sentido distinto de lo que expresan sus términos; que la merced hecha a Ríos Redondo se entienda, se haga, realice o ejecute en sobras resultantes de las dos caballerías a Marrufo Negrón. En modo alguno tal expresión dá base para deducir que la merced a Ríos Redondo se extienda a todas las sobras quedantes de la merced a Marrufo; en sobras sí, en sobras de la primera merced, es lo que está diciendo el auto de la Audiencia. No se ve cómo pueda deducirse de esa providencia que todas las sobras de la adjudicación a Marrufo habían de constituir la adjudicación a Ríos Redondo. La sola referencia que en auto del 9 de marzo de 1743 se hace a "los límites y linderos contenidos en la expresada merced" no autoriza a deducir que la segunda adjudicación, la de Ríos Redondo, debiera comprender todas las tierras útiles e inútiles, dentro de tales límites y linderos, sino como el texto de la Audiencia lo establece, que "las dos caballerías de Marrufo deben entenderse en tierras útiles"; el propio fallo limita la extensión a las dos caballerías, advirtiendo que deben entenderse en tierras comprendidas en los límites de la merced tantas veces mencionada; en tierras, se repite, y no en las tierras (todas) las que se comprendieran en los límites y linderos de la merced.

"Esta interpretación natural y obvia que les dá la Corte a los fallos de la Real Audiencia de Santafé se halla de acuerdo con el concepto que respecto a las sobras se tenía por las autoridades coloniales que intervenían en asuntos de tierras. La Sala cita dos casos que ilustran la materia y que aparecen relacionados en la sentencia proferida por la Corte el 5 de agosto de 1942 publicada en la GACETA JUDICIAL, tomo LII, número 1987.

'A folios 957 a 982 del volumen primero, Sala de la Colonia, Sección Civil de Santander, del Archivo Histórico Nacional, se encuentran los documentos contentivos de la adjudicación de tierras

a José Gregorio Ferreira, hecha por el Juez Subdelegado de tierras de Pamplona y San Cristóbal y el Virrey don Pedro Messía de la Zerda, en el año de 1766. De las piezas correspondientes, publicadas en la GACETA, páginas 848 y siguientes, se toman estos pasajes:

"Auto del Juez Subdelegado—Parroquia de San Antonio, enero 21 de 1786....—En esta atención siendo exequible el pedimento, cométese comisión a don Felipe de Madarriaga... para que con dos avaluadores, recibiendo juramento, pase al sitio que se expresa en el pedimento, y teniendo por independientes las dos estancias de tierra de Antonio de la Parra, hará un cálculo de las demás (por no haber medidas o acostumbrarse a estas partes) que quedaren baldías y las hará avaluar, y puesto por diligencia remitirá a mí los autos; así lo preveí, mandé y firmé, yo don Juan Francisco de Rueda, Juez Subdelegado de tierras de la Ciudad de Pamplona y Villa de San Francisco. Reconocimiento y avalúo de las sobras de tierras. En el sitio de la Floresta... en enero 22 de este año de 1766. Yo, don Felipe de Madarriaga... páse a este sitio... y visto por mí y los dichos las sobras de las tierras de Antonio de la Parra y éstas son realengas y en favor de su Magestad... Con reflexión y acuerdo de los dichos y mi asistencia, hallamos ser seis o siete estancias más o menos, pero inhabitables por estar habitadas de los indios bárbaros motilonés, y que su valor de ellas por dicha razón puede ascender e importar hasta cincuenta pesos...". Providencia del Juez Subdelegado. Vistas las diligencias hechas por don Felipe de Madarriaga, por comisión mía, para el cálculo de reconocer y avaluar las tierras citadas, y que resultan realengas las seis o siete estancias y valer cincuenta pesos...". Sugieren los documentos transcritos estas observaciones: "Desde la petición hecha por Ferreira al Juez Subdelegado de tierras, aparece su propósito de que se concedan las demás que sobraron, en relación con las dos estancias que tenía Antonio de la Parra, en el sitio de La Floresta. En el auto del Juez se repite el concepto al decir 'y teniendo por independientes las dos estancias de tierra de Antonio de la Parra, hará un cálculo de las demás que quedaren baldías y las hará avaluar', y en el reconocimiento y avalúo de las tierras también se dice: 'y visto por mí y los dichos las sobras de las tierras de Antonio de la Parra y éstas son realengas y en favor de su Magestad. Es importante anotar cómo el solicitante y los funcionarios que intervinieron estimaron que las tie-

rras que adjudicaban, de las sobrantes con relación a la merced anterior hecha a de la Parra, eran tierras baldías según el Juez, realengas de acuerdo con el reconocimiento de los avaluadores y en 'las sobras', también de conformidad con el parecer de estos últimos. La merced a Ferreira se otorgó haciéndose referencia por el Juez Subdelegado y por el Fiscal de la Audiencia a la Real Cédula de 1754, en particular al capítulo octavo que trata del denuncia de tierras ocupadas sin justo título; lo que confirma la apreciación de que el denuncia y la merced de Ferreira se refirieron a porciones de tierra no protegidas por la merced anterior a de la Parra o sea a excesos o sobras de ella, calificadas de tierras realengas y baldías".

"En el Archivo Histórico Nacional, tomo XI, Tierras del Tolima, existe el expediente producido ante las autoridades coloniales sobre cuestiones de tierras suscitada entre Pedro Sánchez y Manuel Sánchez Borda en la parroquia de Aipe, jurisdicción de Neiva. De los documentos que lo forman (GACETA JUDICIAL citada, página 876) aparece lo que sigue: "Petición... todavía ha quedado en aquel globo un terreno muy considerable en que desde luego podría la benignidad de vuestra alteza beneficiar, conforme a las piadosas reales intenciones, a otro vecino honrado, como mi parte, que cargado de familia y necesitado de un auxilio tal, hizo en efecto el ánimo de ocurrir en solicitud de que se le mercedase la tierra sobrante después de exactamente medidas y deslindadas las cuatro estancias concedidas al mencionado don Pedro Sánchez.... Ocurre éste por mi medio a la piedad del Tribunal, suplicando se digne expedir la correspondiente real Provisión de diligencias para que los Jueces ordinarios de Neiva el que fuese requerido proceda a practicar no solo las respectivas al reconocimiento del realengo, su dirección y deslinde (haciendo de nuevo las pertenecientes a las cuatro estancias dadas en merced a don Pedro Sánchez, para que se venga en conocimiento del verdadero sobrante) y sobre las suficientes facultades de mi parte para poblar o cultivar el que resulte... Vista Fiscal. Muy poderoso señor. El Fiscal de lo Civil dice: que son de mandarse practicar desde luego, sirviéndose el Tribunal resolverlo así, las diligencias que se solicitan en el anterior escrito, y pide también el Fiscal... y se exige y acompañe por el comisionado el instrumento de venta que se otorgará a favor de Gaitán, formándose el correspondiente mapa de las mercedes a Pedro Sánchez, 8—Gaceta

con distinción de las demás que resulten sobrantes y realengas, que se denuncian vendidas.... Auto. Vistos... y en su cumplimiento procederéis con citación de los colindantes y circunvecinos, a la averiguación del realengo que se denuncia, su medida y amojonamiento... Vista. Fiscal. Muy poderoso señor. El Fiscal de lo Civil, dice: ...De modo que estando ya hecha merced de ellas a padre e hijo en número 13 o 14, que es casi el que ahora se expone por don Manuel Sánchez, parece que no debe tener lugar su solicitud sino que resulte de sobras de las que legítimamente tienen y poseen los primeros.... De estos documentos, producidos por el Fiscal y la Audiencia, aparece claro que los funcionarios que intervinieron entendían que la Real Hacienda tenía interés en evitar y sancionar los trasposos de tierras que la Corona no había enajenado; que las tierras sobrantes respecto a la adjudicación a Pedro Sánchez eran realengas; y que en el juicio se trataba de la averiguación de un realengo; denunciado y pedido para que se hiciera merced a Manuel Sánchez Borda.

"Los dos litigios de tierras a que se refieren las transcripciones precedentes, que se originaron en la merced hecha en Pamplona a José Gregorio Ferreira y en la hecha en Aipe a Pedro Sánchez, ilustran grandemente la cuestión que considera ahora la Corte. En esos dos casos, como en el de la merced a Marrufo y Negrón y la adjudicación posterior a Ríos Redondo, se trató de la entrega de tierras realengas a un segundo adjudicatario después de haberse efectuado una primera adjudicación. Al solicitarse la segunda, en todos los tres casos las autoridades correspondientes resolvieron que el segundo pedimento prosperara en cuanto se midiese el área de la primera merced, para que la segunda se ejecutase en sobras de aquella". Y teniendo por independientes las dos estancias de tierras de Antonio de la Parra—dijo en el caso de Ferreira—hará un cálculo de las demás que quedaron baldías y las hará avaluar"; "Formándose el correspondiente mapa de las mercedes a Pedro Sánchez —se dijo en el caso de éste— con distinción de las demás que resulten sobrantes y realengas, que se denuncian vendidas"; "líbrese despacho para que procediendo medida y deslinde de las dos caballerías de tierra que constan en la merced hecha a don Juan Marrufo Negrón —se dispone en el auto de la Audiencia— la merced hecha a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo se entienda en sobras". La analogía, casi la igualdad, de los tres casos, el

de Ferreira, el de Sánchez y el de Marrufo y Negrón, permiten e imponen deducir para todos tres unas mismas consecuencias. En los casos de Ferreira y Sánchez las autoridades que intervinieron en las controversias establecieron de modo claro que las adjudicaciones de mercedes pedidas después de la de Ferreira y de la de Sánchez, prosperarían siempre que se demostrara la existencia de los sobrantes en las primeras adjudicaciones y considerándose que esos sobrantes eran tierras realengas, y por lo mismo adjudicables en el carácter de tales. En el caso de Marrufo y Negrón, la expresión del auto de la Audiencia de que "la merced a don Miguel de Francisco de los Ríos Redondo se entienda en sobras", indica una situación idéntica a la contemplada en los otros dos casos: después de medidas las tierras de Marrufo, en lo sobrante, en "las sobras" hágase la de Ríos Redondo. Y también aquí el sobrante debía ser tierra realenga.

Se ha detenido la Sala con algún espacio en la consideración de la jurisprudencia administrativa y judicial de la Colonia en pleitos que debían desatar situaciones de hecho y de derecho análogas a las que se produjeron en el pedimento de Ríos Redondo, posterior a la adjudicación a Marrufo, porque considera que esos antecedentes jurisprudenciales sirven para ilustrar el criterio que rigió la aplicación de las leyes indianas en el Virreinato de Santafé, en el punto que ahora se examina, y sirven igualmente para fundar la presente decisión, pues por la estrecha analogía de los tres casos vistos, la Corte estima que la mejor dilucidación del punto planteado y discutido ante ella por el señor abogado del opositor, acerca del significado de "las sobras" en el derecho indiano, la hacen esos antecedentes doctrinarios, producidos en época de la vida colonial muy próxima a la en que se suscitó y adelantó la controversia ocasionada por las mercedes a Marrufo Negrón y Ríos Redondo. De esos antecedentes surge claro el significado de lo que eran las sobras en el derecho indiano: excesos, sobrantes de una adjudicación, lo que quedaba después de hecha, en un punto o sitio, o de otros de unos linderos, y que tenía el mismo carácter realengo de la tierra adjudicada.

"Ya se vio cómo el representante del opositor afirma, refiriéndose a las providencias del 16 de noviembre y 22 de diciembre de 1742, que no cabe duda acerca de la calidad de las tierras pedidas por Ríos Redondo, que eran realengas "sino que hacían parte de la adjudicación hecha al Go-

bernador Marrufo y Negrón, dentro de cuyos linderos... tenía el citado Gobernador la facultad de escoger sus dos caballerías. Si esto no fuera así —agrega— la Real Audiencia hubiera confirmado de plano, como lo pidió insistentemente Ríos Redondo, el auto del Juez de Tierras que las consideraba realengas. Y la Real Audiencia no podía aceptar esta tesis porque como se ha visto, todos los terrenos cobijados por los linderos dados por el Gobernador habían sido agregados de los realengos". Y más adelante expresa: "...y a partir de los dos fallos de la Real Audiencia que quedan citados la adjudicación a Ríos Redondo no puede considerarse en tierras vacas o realengas, ni se contrae a las diez estancias que fueron reguladas dentro de los linderos dados por el citado Ríos Redondo, sino que se extendió sobre las sobras de la adjudicación hecha a Marrufo... pues claramente se ve que la Real Audiencia no tuvo en mientes tales estancias por no ser realengas, sino las sobras de las dos caballerías dentro de los linderos dados a éstas". Observa la Sala que la Real Audiencia no revocó el auto del Juez Privativo de Tierras que había declarado no ser realengas las que se solicitaban, sino que dispuso, respetando la merced hecha a Marrufo y Negrón, la que así implícitamente reconocía como tierras no realengas sino ya adjudicadas, que se midiesen las dos caballerías de Marrufo y que en lo sobrante se entendiese hecha la adjudicación a Ríos Redondo. Esta providencia, en modo alguno puede considerarse como una revocación de lo dispuesto por el Juez Privativo de Tierras. Este había dicho: "Decláranse por realengas las doce estancias que constan reguladas por los peritos": la Real Audiencia no dijo que esas doce estancias no fuesen realengas; simplemente aplazó la adjudicación que el Juez autorizaba de ellas a Ríos Redondo, previo el pago de su valor, para después que fuesen medidas las dos caballerías de la merced a Marrufo y Negrón. Lo que es bien distinto a revocar la declaración de que las tierras de que se trataba eran realengas. Al contrario, el asentimiento que la Audiencia hacía al propósito perseguido por Ríos Redondo de que se le otorgara la adjudicación, está indicando que la Real Audiencia procedía en el entendimiento de que las tierras solicitadas pertenecían al Soberano y podían comprometerse en la merced solicitada. Lo dicho en cuanto a ser realengas las tierras en cuestión es bastante, a juicio de la Sala, para basar su parecer en este punto, contrario al sustentado por el representante del opositor.

“Respecto a su otra afirmación de que las tierras de la merced a Ríos Redondo comprendieron todas las sobras de la merced hecha a Marrufo, ella ya fue contestada con las consideraciones anteriores en que se fijó el entendimiento que debe darse, conforme al derecho indiano, a las sobras de tierras en las adjudicaciones antiguas. Ahora se agrega que el procedimiento seguido por las autoridades coloniales, a que se hizo referencia, en los casos de las mercedes a Ferreira y a Sánchez, no fue otra cosa que la aplicación de un precepto muy claro y categórico de la legislación vigente en la época de que se trata y que se hallaba consignado en la Ley XV, Título XII, Libro IV de la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias: “Los que se hubieren introducido y usurpado más de lo que les pertenece, conforme a las medidas, sean admitidos en cuanto al exceso, a moderada composición, y se les despachen nuevos títulos”. Y el de otra norma que autorizaba el denuncia de esos excesos por terceras personas para su adjudicación a ellas. Y en el fondo de ambas reglas, el principio que informa toda la legislación indiana sobre tierras, de que éstas no podían pasar del poder de la Corona al de los particulares sino en virtud de actos dispositivos del Soberano, que constituían el título para la entrega de la tierra o que saneaban situaciones anteriores de ocupación sin título. Las sobras eran excesos, a la luz del Derecho, y éstos se reputaban ilegítimos si acerca de ellos no se obtenía título. Las sobras, respecto a la adjudicación, quedaban comprendidas en el concepto de excesos y podían ser denunciadas por personas distintas del titular de la adjudicación a que las sobras se referían. Tal cosa, o algo muy análogo, ocurrió en los casos de Marrufo Negrón y Ríos Redondo. Al primero se le había otorgado ya merced por dos caballerías de tierras; el segundo pidió que se le otorgara otra merced en una zona que se reputó sobrante de la primera, en sobras de aquélla; es decir: en terrenos realengos, porque las sobras, como ya se ha visto, eran excesos, y los excesos pertenecían a la Corona. Las sobras de la merced a Marrufo eran, pues, realengos, y para la adjudicación a Ríos Redondo de diez estancias de tierras en ellas, fue para lo que se siguió el trámite que ilustran los documentos examinados, no para la entrega a él de todas las sobras.

“Ni las tierras a las cuales se refirió Ríos Redondo cuando solicitó su adjudicación habían debido de ser realengas, ni esa adjudicación podía

tener otro carácter, ni lo tuvo, que el de una merced de tierras realengas en extensión determinada o determinable de diez estancias, las que se debían entregar después de medidas las dos caballerías de Marrufo y Negrón.

“Conforme al Diccionario de la Lengua, y según lo advierte el opositor, sobra es demasía y exceso en cualquier cosa sobre su justo ser, y por extensión, lo que queda o sobra de las otras cosas: y en el caso del presente pleito “lo que queda o sobra de la merced concedida al Gobernador”. Aceptando y aplicando este entendimiento del término sobra, las sobras de la adjudicación a Marrufo es lo que queda o sobra de esa merced; pero no como lo pretende el abogado del opositor, como sustraído o segregado del patrimonio real, porque tal segregación no se había hecho al adjudicarse las dos caballerías, sino que esas tierras eran sobras realengas, del propio modo que también lo fueron las tierras pedidas para una segunda adjudicación en los casos de las mercedes a Ferreira y a Sánchez”.

Capellanía otorgada por doña Angela Rodríguez de León, viuda de don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, sobre las tierras del Río del Pescado (1752)

También fue aducida como prueba por la compañía demandada, la documentación contentiva, en copia, de las diligencias que vinieron a formar el expediente de constitución de aquella capellanía, documentación que también fue materia de estudio en el fallo de 1944, y que por hacer referencia, en las declaraciones fundamentales que contiene, “no pueden considerarse —expresa en el alegato de conclusión de primera instancia el apoderado de la Compañía— como cosa aislada y suelta, sino que encuentran sus claros antecedentes, así como su fundamento y su raíz, en aquellas adjudicaciones con las cuales se vincula, es decir las que fueron objeto de las mercedes que han quedado analizadas.

Como referencia a esta prueba y sobre el alcance de las declaraciones que contiene la escritura de constitución de la Capellanía, otorgada por la viuda de Ríos Redondo en el año de 1752 en particular por la mención que allí se hace a los títulos de adquisición de las tierras sobre las cuales se constituyó, se expresó lo siguiente en la

sentencia de 1944, que la Sala acoge, por estimar muy razonables las conclusiones a que se llega en dicho estudio sobre el verdadero valor de la mención de la alinderación de las tierras objeto de las mercedes coloniales hechas a las personas allí indicadas.

Entonces se dijo: "En dicha escritura (la de constitución de la capellanía) declara la otorgante lo siguiente: "...funda, establece e instituye la ya expresada capellanía con la mencionada cantidad de cuatro mil ps. Los cuales sitúa, carga e impone sobre las tierras, arboledas de cacao, erramta. y casas de vivienda de su hacienda denominada Río del Pescado, que se halla en esta jurisdicción, la cual se compone de veinte y siete estancias de ganado maior las que les entraron en su dominio, las dose por mrd. que a su difunto marido le hizo su Mgd., siete que compró el mencionado Dn. Miguel a los herederos del Bachiller Dn. Ignacio Salgado, y ocho que se han comprado después a Dn. Isidro Vasqz, sinembargó de otra que a ellas se une y que se le compró a Chxitoval Ballejos y las sobras que hay desde el último lindero de éstas hasta dar al río de la Magdalena que no se han medido por no haber necesidad como todo consta por títulos de mercedes, escrituras, y más instrumentos pertenecientes; así a la posesión, como a la propiedad (que ante mi dho. Juez manifestó) que tiene en su poder cuyas tierras lindan por la una parte con la de Dn. Isidro Vasqz; y por la otra, por lo arriba mencionado (de sobras y la otra estancia que no se sabe el número de tierras por su inmensidad, y montañas por lo que no se avaluó) con el río Magdalena".

"El opositor comenta la capellanía y los documentos relacionados con su otorgamiento diciendo que 'todos estos hechos y pruebas confirman de manera evidente la tesis de que las sobras a que se refieren las adjudicaciones coloniales comprendieron todo el globo de terreno hasta el río Magdalena; allí aparece comprobado que la hacienda del río del Pescado se componía de veinte y siete estancias 'fuera de la tierra de sobras' —como dicen los avaluadores—. A la luz de estas pruebas irrecusables aparece con evidencia que el año de 1752 los herederos de don Miguel Francisco de los Ríos Redondo eran, sin oposición de nadie, de manera pública y notoria, según 'pública voz y fama' —reconocida por las autoridades— dueños y poseedores (como todo consta por títulos de mercedes, escrituras, y más instrumentos pertenecientes así a la posesión como a la propiedad,

presentados ante el juez) de todo aquel globo de terreno hasta dar en el río Magdalena. Este mismo documento explica —como ya tuve ocasión de anotar— por qué no se hizo deslinde y medida entre las tierras otorgadas al Gobernador Marrufo y Negrón y las otorgadas a Ríos Redondo, pues to que éste y sus herederos, por medio de compras sucesivas, habían llegado a ser dueños de todo aquel globo de terreno... la viuda de Ríos Redondo al constituir la capellanía con las formalidades legales vigentes a la sazón obró como dueña poseedora, sin contradicción alguna, y no comoquiera, sino como poseedora hasta el río de la Magdalena".

"La Sala observa que en el instrumento de constitución de la capellanía, la otorgante expresa que la impone 'sobre las tierras, arboledas de cacao, erramt. y casas de vivienda de su hacienda denominada río del Pescado, que se halla en esta jurisdicción, la cual se compone de veinte y siete estancias de ganado maior las cuales dentaron, las dose, por mrd. que a su difunto marido le hizo su Mgd...'; lo que está en perfecto acuerdo con la merced ya examinada en este fallo que se concedió por diez estancias a Ríos Redondo en las sobras de la merced a Marrufo y Negrón; las demás estancias relacionadas en la capellanía se habían adquirido por compras a otras personas. Lo primero que ocurre anotar es dicha concordancia entre la adjudicación a Ríos Redondo y las doce estancias que se relacionan en la escritura de la capellanía, circunstancia que sirve para reducir la ubicación de la llamada hacuenda del río Pescado, a que se refirió la otorgante, en la misma zona a que se contrajo la merced a Ríos Redondo. Lo propio puede decirse de la otra estancia comprada a Cristóbal Ballejo. Esta coincidencia o identidad de la ubicación sirve para localizar las tierras de la capellanía en la nombrada región del río del Pescado. Y establecen también, por la mención que a la merced de Ríos Redondo hace la capellanía, que dicha merced se extendió apenas a tales estancias.

"La viuda de Ríos Redondo pudo estar en posesión y tener la propiedad de las veintisiete estancias de tierra, hecho que parece demostrado con las diligencias informativas que se produjeron al constituirse la capellanía; pero esa propiedad se estaba acreditando, en el momento en que la capellanía se otorgó, no frente al Estado, sino entre particulares que eran los poseedores o dueños colindantes.

"La capellanía, por sí misma, no demuestra que

las tierras habían salido del poder del Estado y pasado al patrimonio de la otorgante cuando aquélla se constituyó. Mas las referencias, que ella contiene a las mercedes hechas a Ríos Redondo y a Ballejo, son verosímiles.

La expresión referente a las sobras, que se incluyó en la capellanía, carecía de sentido jurídico si con ella se pretendía que se hallaban en el patrimonio de la otorgante las tierras llamadas sobras 'desde el último lindero de éstas asta dar al río de la Magdalena'. Las sobras según el derecho indiano, eran realengos, como todas las demás tierras de esta clase, que se podían obtener en adjudicación mediante los trámites establecidos: estaban sujetas al otorgamiento de un título nuevo, en unos casos, cuando se pretendían por terceras personas en relación con el primer adjudicatario; y en otros exigían, para su obtención como bien patrimonial privado, el de su mensura y entrega por medidas o por linderos, según las reglas generales de enajenación de tierras del Soberano. Pretenderse, contra el claro tenor y mandato de las leyes indianas, que una porción más o menos grande de tierras podía pasar al patrimonio particular por la sola referencia que en un título limitado a dos caballerías de tierra se hizo a un punto arcifinio distante, el río Magdalena, al decirse 'río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena', es ignorar que semejante pretensión jamás podía traducirse en dominio privado de tierras frente a la Corona, sino una vez que las sobras en referencia fuesen adjudicadas con título nuevo a persona distinta del primer adjudicatario, de Marrufo y Negrón, y ya se vio que la merced a Ríos Redondo se limitó a diez estancias; o bien agregándose en el hecho a una adjudicación anterior —en la hipótesis que se contempla a la de Ríos Redondo traspasada a su viuda— pero tal agregación de hecho no era admisible por la legislación indiana como legítima, considerándose al ocupante de hecho, del exceso de las sobras, como un usurpador de las tierras del Rey, que no podía llegar a ser dueño sino arreglando su estado irregular mediante la composición, la que en la práctica equivalía a la obtención de un título, pues para alcanzarla el interesado debía medir, avaluar y amojonar las tierras y recibir entrega formal de ellas. Y respecto de las sobras de que aquí se trata, los documentos acompañados no acreditan tales hechos constitutivos de la composición de esas tierras con el Soberano español. Por eso se afirma, repitiendo, que jurídicamente carece de valor la mención que

en la capellanía instituida por la viuda de Ríos Redondo se hace a unas sobras de tierras situadas entre un lindero de una adjudicación que allí se indica y el río Magdalena.

Pasa la Sala a referirse al estudio hecho por el apoderado de la Compañía demandada, en sus alegatos de conclusión, sobre el contenido de las Reales Cédulas de 15 de octubre de 1754 (de San Lorenzo) y 2 de agosto de 1780 (de San Idelfonso) que igualmente aduce como comprobación del hecho de haber quedado, mediante sus instrucciones, revalidadas y consolidadas las adjudicaciones o mercedes otorgadas de que se ha venido tratando, por los linderos indicados en el pedimento de Marrufo y Negrón, esto es "la quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el Grande de la Magdalena", y consecuentemente consolidados y amparados también los contratos de venta entre particulares verificados por la heredera de Marrufo y Negrón y por los herederos de los adquirentes de éstas a Ríos Redondo y a sus herederos y, finalmente amparado el estado posesorio que se comprueba con la Capellanía de las tierras del Río del Pescado, otorgada por la viuda de Ríos Redondo, para concluir afirmando que los expresados terrenos, por los linderos indicados, salieron definitivamente del patrimonio del Rey y no volvieron luego al patrimonio de la República, que jurídica e históricamente sucedió a la Corona Española.

En relación con este punto, suficiente es advertir que los actos cumplidos entre particulares no tuvieron la eficacia o virtualidad de hacer el traspaso al dominio privado de las tierras pertenecientes a la Corona, sin el lleno de los requisitos previstos y ordenados por las Reales Cédulas, esto es, de alcanzar la composición de las tierras ocupadas sin título, requisito aquí no demostrado. Como fundamentación de esta conclusión, la Sala se remite al estudio hecho sobre el particular en el punto N° 93 de la sentencia dictada por la Corte con fecha 5 de agosto de 1942 publicada en el Tomo LIII, número 1987 de la GACETA JUDICIAL.

También se adujeron por la Compañía demandada las declaraciones hechas por el Secretario de Hacienda y el Ministro de Agricultura, respectivamente, en las Resoluciones N° 22 de noviembre de 1880 y N° 215 de 1918, a solicitud de un antecesor de la Richmond Petroleum Company of Colombia y con referencia a la documentación presentada, en el sentido de considerar como de propiedad privada los terrenos descritos en las

solicitudes, esto es, de los allí singularizados y que luego por sucesivas transferencias los adquirió aquella compañía y dentro de los cuales se afirma se encuentra comprendido el globo que es materia del presente juicio y ello, con el propósito de demostrar que esos terrenos salieron del patrimonio de la Nación, en virtud precisamente del reconocimiento que se hizo, por los actos ministeriales citados, del derecho de propiedad privada sobre los mismos.

Ya esta Sala de la Corte, tuvo oportunidad de referirse al alcance y significado de las mencionadas Resoluciones, en el tantas veces citado fallo de 1944, en el sentido de entender, como ahora lo entiende también "que las Resoluciones mencionadas no constituyen actos jurídicamente eficaces para producir las consecuencias que de ellos pretende deducir el señor abogado; por dos razones: Porque de conformidad con la legislación orgánica de la función ejercida por una rama del poder Público en los años de 1880 y 1918, las decisiones adoptadas entonces no podían tener el sentido que se les atribuye de trasladar del patrimonio del Estado al de unos particulares el dominio de las tierras en referencia; y porque, examinadas en su contenido y contexto las Resoluciones dichas, ellas no contienen la declaración traslativa de dominio de que se hace mérito, sino otra muy distinta", esto es, el de llenar una función puramente administrativa de empadronamiento o censo de posesiones que aparecieran en poder de particulares conforme a los títulos que adujesen, lo que no puede confundirse jamás, con la función propiamente adjudicatoria.

Para llegar a esta deducción se hizo entonces un detenido estudio de los artículos 875, 877, 878 y 879 del Código Fiscal de 1873, en armonía con las normas de las leyes 66 de 1870 y 71 de 1917, y a este estudio se remite ahora la Sala.

Otros títulos

Además de los títulos originarios emanados del Estado y documentos que han quedado relacionados y analizados, la Compañía demandada adujo como prueba del derecho que alega una serie de títulos sobre transferencias de tierras hasta llegar al último, que lo constituye la escritura de venta número 82 de fecha 12 de enero de 1937, hecha por Ulpiano A. de Valenzuela y otros a dicha Compañía.

De toda esa serie de títulos y para los efectos del presente fallo, se estima como conducente

mencionar solamente tres, precisamente por las referencias que a ellos se hacen en los dictámenes periciales producidos a solicitud de las partes en ambas instancias del juicio, dictámenes que como se verá luego, junto con lo ya expuesto sobre el alcance, ubicación y extensión de las citadas mercedes coloniales hechas, determinan la solución de la presente controversia. Ellos son: a) Escritura de 9 de febrero de 1853, por la cual Timoteo Rincón vende a Juan de Dios Vargas Parra los derechos y acciones que le corresponden en la herencia de sus padres Antonio José Rincón y Antonia Moreno, vinculados, entre otros bienes, sobre los terrenos del río del Pescado, bajo los siguientes linderos: "desde la quebrada de la Mona río abajo de Cachirí a dar al río Magdalena, volviendo de para arriba por todo el río del Pescado a dar al cerro del Manzano, cogiendo todas las aguas que entran a dicho río de un lado y otro, tomando el punto del peñoncito y río de Cachira a línea recta a buscar el primer lindero de la Quebrada de la Mona"; b) escritura número 208 de 10 de septiembre de 1856 de la Notaría de Bucaramanga, por la cual Juan de Dios Vargas vendió a Ulpiano Valenzuela "un globo de tierra ubicado en el sitio denominado Río del Pescado, comprendido en jurisdicción de los distritos de Rionegro y Cáchira, el cual se halla bajo los linderos siguientes: por el sur, el río Cáchira con dirección al punto llamado La Aguada, lindando con terrenos de Juan Cáceres, y siguiendo río abajo hasta dar a la desembocadura de éste al Magdalena; y volviendo de para arriba por uno y otro lado del río llamado del Pescado, que corre dividiendo el mencionado globo de tierras a buscar el pie del morro llamado Miraflores y lindando por este lado con terrenos de Lorenzo Jácome cerca del saldo del río Cáchira; tomando del pie del morro hacia el norte hasta llegar a la línea divisoria de esta provincia y la de Ocaña; de este punto y pie del citado morro y línea recta hacia el sur hasta llegar al pie de los terrenos de Juan Cáceres y el Río Cáchira su primer lindero"; y c) escritura número 82 de 12 de enero de 1937, por la cual Ulpiano A. de Valenzuela y otros venden a la Compañía Richmond Petroleum Company of Canadá, un globo de terreno conocido con los nombres del Río del Pescado, Cáchira, Papayal, la Tigra y otros, situado en parte en la zona limítrofe de los Departamentos de Santander, Norte de Santander y Magdalena, en la región de Río Lebrija, y en jurisdicción parcialmente disputada entre los Municipios de Rionegro, Cáchira,

Aguachica y Río de Oro, el cual globo de terreno, linda así: "por el sur, tomando desde el punto situado dos mil metros arriba de la desembocadura del caño o quebrada del Tigre o Tigra en el Río Lebrija, siguiendo la dirección de este caño o quebrada arriba por la margen derecha subiendo, por una línea paralela a su curso guardando respecto a éste la misma distancia de dos mil metros, hasta el punto en que dá al frente de la desembocadura de la quebrada Santander en la del Tigre o Tigra; de este punto al de la misma desembocadura de la quebrada Santander: de allí quebrada del Tigre o Tigra hasta la desembocadura de la quebrada de Arrumbazón en la del Tigre o Tigra; quebrada de Arrumbazón hasta su nacimiento; tomando en línea recta hasta la cima de la cordillera que derrama aguas para la Luisiana y para el lado del volador; por el oriente, por toda la Cordillera que derrama aguas para la Luisiana, el Volador y Papayal, hasta buscar el nacimiento del Río San Alberto del Espíritu Santo; por el norte, el Río San Alberto del Espíritu Santo abajo hasta su desembocadura en el Río Lebrija; por el occidente, río Lebrija hasta el punto situado dos mil metros arriba de la desembocadura de la quebrada Tigre o Tigra, punto de partida".

El presente estudio hecho por la Sala, ora sobre los títulos emanados del Estado como demostrativos de las adjudicaciones coloniales hechas, ora sobre el alcance de las declaraciones que contiene la escritura de constitución de Capellanía otorgada por la viuda de Ríos Redondo, en relación con las tierras sobre las cuales se dijo constituir, ora acerca de la eficacia y verdadero alcance de las resoluciones ministeriales de 22 de noviembre de 1880 y número 215 de 1918, más la reproducción de los linderos de extenso globo de terreno adquirido por la Compañía demandada, de que da cuenta el instrumento público número 82 de 12 de enero de 1937 y el que, junto con los primeros títulos mencionados y los demás presentados, se aducen como prueba del dominio que se alega, frente al Estado, sobre el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse en lote materia de la demanda, todo ello permite o hace procedente examinar otro extremo que se considera fundamental para decidir el presente litigio, esto es, si el lote de terreno a que se refiere la demanda se encuentra comprendido en todo o en parte dentro de aquel cuyo dominio afirma la Compañía pertenecerle, en particular dentro del que efectivamente ampararon las

mercedes coloniales hechas a Marrufo y Negrón Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo, por haber salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

La prueba en relación con tal hecho, de carácter completamente técnico y que no podía ser otra diferente a una inspección ocular sobre los terrenos y dictamen pericial acerca de los títulos, en relación con las tierras materia de las adjudicaciones coloniales, en orden a establecer su verdadera localización, es decir, la de 28 estancias de ganado mayor, a que ellas se concretaron, ya que las dos caballerías mercedadas a Marrufo y Negrón, equivalen a diez y seis estancias, no fue aportada por la Compañía demandada limitando su gestión al respecto a obtener esa localización o determinación, como así lo solicitó también la parte actora, mediante dictámenes parciales producidos y emitidos en las dos instancias, en vista de los mapas y planos presentados por la Compañía con la respuesta a la demanda.

En la primera instancia el Fiscal del Tribunal solicitó que mediante un dictamen pericial, se determinara la extensión en hectáreas y localización de las mercedes coloniales de que se ha venido hablando, y, además, si la extensión territorial que se dice cedida por tales mercedes queda comprendida en todo o en parte dentro de las tierras alinderadas en el punto primero de los hechos de la demanda y su ubicación dentro de estas mismas tierras. La Compañía solicitó que al practicarse esa prueba pericial, los peritos emitieran su dictamen sobre varios puntos que indicó, cuyo pormenor no se considera preciso señalar.

Dos de los peritos designados, los doctores Jorge A. Perry y Julio Sanclemente, de común acuerdo expresaron que por falta de elementos suficientes de juicio, esto es por no habérseles facilitado la inspección de los terrenos, no les era dable dar respuestas precisas y definitivas acerca de algunas de las cuestiones sometidas a su consideración, para limitarse a fijar la extensión territorial cedida por las cuatro mercedes, o sean veintiocho estancias, como equivalente a 9.980 hectáreas con 4.600 m², y a considerar apenas, en vista del plano presentado por la Compañía de que probablemente no exista superposición entre el globo de terreno materia de la demanda y las extensiones territoriales propias de las referidas cuatro mercedes.

Ahora bien, durante el término probatorio de este segundo grado del juicio, la Compañía de-

mandada solicitó y obtuvo que se trajese a los autos una copia auténtica del plano o croquis que ante el entonces Ministerio denominado de Industrias y Trabajo fue presentado por el Sindicato de Inversiones, S. A. con motivo de la propuesta formulada por esta empresa sobre concesión de exploración y explotación de petróleos, y así mismo pidió y obtuvo el esclarecimiento de los hechos que hubo de indicar, mediante dictamen de peritos designados por las partes, con vista del plano que se deja mencionado, del mapa oficial del Departamento de Santander y planos presentados por dicha compañía en la primera instancia, es decir, los mismos mapas y planos que sirvieron como fuente de información y consulta a los peritos Perry y Sanclemente, según quedó consignado.

Como se verá luego, las apreciaciones y conclusiones a que hubo de llegar la Sala en las partes precedentes del respectivo estudio hecho sobre la ubicación de las mercedes coloniales, previo examen de los documentos o títulos de origen, en donde se expresó su extensión por número de caballerías y estancias, todo ello se ha confirmado por razones de carácter técnico, cual es el dictamen rendido por los peritos principales doctores Juan Fco. Galindo y Severo Rocha Alvira, el que por aparecer debidamente fundamentado y no haber sido objetado por las partes, constituyó una prueba completa acerca de los puntos sometidos al estudio de los expertos, en particular al hecho afirmado por los mismos de no superponerse en ninguna parte a los terrenos solicitados en concesión por el Sindicato de Inversiones S. A., es decir al globo de terreno a que se refiere la demanda, las tierras que fueron objeto de las aludidas mercedes coloniales.

El dictamen en referencia es del siguiente tenor:

"Como peritos principales nombrados por las partes Nación y Richmond Petroleum Company of Colombia en el negocio relacionado con la propiedad de los petróleos y demás hidrocarburos que puedan encontrarse en el globo de terreno solicitado en concesiones al Gobierno Nacional para explorarlo y explotarlo por el Sindicato de Inversiones S. A., nos permitimos rendir a continuación nuestro concepto pericial transcribiendo cada parte del interrogatorio para ser contestado en su orden:

"a) Que las mercedes hechas a nombre del Rey de España en el siglo XVIII en favor de Juan Marrufo y Negrón, Miguel Francisco de los Ríos Re-

dondo, Cristóbal Ballejo y José Naranjo, se superponen o no, en todo o en parte, al terreno solicitado en concesión nacional por el Sindicato de Inversiones, S. A. La opinión de los peritos deberán ilustrarla con un croquis.

"Para contestar este aparte hacemos un recuento de las distintas mercedes otorgadas en el siglo XVIII a los señores Juan Marrufo y Negrón, Miguel Francisco Ríos Redondo, Cristóbal Ballejo y Joseph Naranjo.

"Merced al señor Juan Marrufo y Negrón

"El señor Miguel Gerónimo González en calidad de apoderado de Don Juan Marrufo y Negrón hizo a nombre de éste el pedimento ante el Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Granada el año de 1707 para que se le hiciera merced de unas tierras y dos caballerías en ellas, en el sitio que llaman la quebrada de la Mona, Jurisdicción de la ciudad de Pamplona: "corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena...".

"El pedimento anterior fue otorgado el 12 de diciembre de 1707 y el 22 de junio de 1708 se le dio posesión en el sitio de la quebrada de la Mona y sitio de Vega Loma; el apoderado del señor Marrufo y Negrón tomó posesión y para el efecto amojonó con piedras sus tierras por la parte del frente, comensando (sic) el lindero de la quebrada de la Mona arriba (se entiende desde la boca). Lo anterior deja ver claramente lo siguiente:

"1º—Que al decir "unas tierras y dos caballerías en ellas" se entiende que dentro de cierta zona se le debían mercedar a Marrufo y Negrón dos caballerías.

"2º—Que al decir "en el sitio que llaman la quebrada de la Mona jurisdicción de la ciudad de Pamplona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena", se entiende que fue la zona escogida por Marrufo y Negrón para que en ella le adjudicaran su pedimento de merced de tierras.

"Estos dos considerandos se comprueban con la posesión dada a Marrufo y Negrón el 22 de junio de 1708; por consiguiente las dos caballerías mercedadas a Dn. Juan Marrufo y Negrón quedaron terminadas por el área comprendida entre Vega Loma, (que a nuestro entender es la desembocadura de la quebrada La Mona en el Cachirí), quebrada de la Mona arriba y río Cachirí abajo, más claramente las tierras entre la quebrada La Mona, las cabeceras de esta quebrada

y las del río Cachirí, y Río Cachirí abajo hasta la boca de la quebrada de la Mona en el río Cachirí. Por las fotografías C 515/286-288; 332; 334; 335; 339 consultadas en el I. G. Agustín Codazzi pudimos comprobar que el plano F-3047-2 de la Compañía Richmond concuerda con la realidad del terreno con precisión aceptable para el caso. Como en la época una caballería se componía de ocho estancias de ganado mayor, cada una de 1500 varas por 3.000 varas, suponiendo la vara empleada hubiera sido la de Burgos y Castellana, el área, en hectárea, correspondiente a las dos caballerías es de 5703 hectáreas más (sic) 1200 metros cuadrados: ahora bien, el área comprendida entre la quebrada de la Mona, las cabeceras de ésta y las del río Cachirí es superior a la correspondiente a las dos caballerías de Marrufo y Negrón. Para mostrar gráficamente la localización de las caballerías de Dn. Juan Marrufo y Negrón las hemos dibujado en los planos en relleno con color sepia.

“Mercedes hechas a Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Cristóbal Ballejo y Joseph Naranjo. El señor Francisco Garzón Melgarejo apoderado del señor Miguel Francisco de los Ríos Redondo hizo a nombre de éste, en abril de 1742, la petición al Juez privativo de tierras y fiscal de la Real Audiencia de Santa Fé que le adjudicaran, por haberlas descubierto, unas tierras realengas en términos del Valle de Cácuta de Surata en jurisdicción de Pamplona que llamaban de Cachirí y que tenían por linderos las juntas de la quebrada de Cachirí y el río del Pescado; de dichas juntas, río del Pescado arriba por uno y otro lado hasta dar a dos cerros que están frente el uno del otro que llaman uno del Santiago y el otro del Manzano.

“Por providencia del 24 de octubre de 1742 se hicieron las respectivas adjudicaciones a los señores Ríos Redondo, Vallejo y Naranjo, en la siguiente forma: Diez estancias de ganado mayor a Dn. Miguel Francisco de los Ríos Redondo, una estancia de ganado mayor a Cristóbal Vallejo y otra estancia de ganado mayor a Joseph Naranjo, en sobras de tierras después de medidas y deslindadas de las dos caballerías de Marrufo y Negrón.

“De lo dicho se saca en conclusión que las doce estancias adjudicadas expresamente lo fueron en las sobras de Marrufo y Negrón por los linderos siguientes: “Confluencia del río Pescado con el Cachirí Río Pescado arriba por ambas bandas hasta encontrar los cerros de Santiago y el Manzano,

esta zona así determinada fue sin duda la señalada para dar las mercedes de las doce estancias de ganado mayor de que veníamos hablando. Como vimos anteriormente que el plano F-3047-2 concuerda con bastante aproximación con las fotografías tomadas por el I. G. Agustín Codazzi y como los linderos dados para las estancias adjudicadas por la providencia del 24 de octubre de 1742 son concretos, las dichas estancias quedaron perfectamente determinadas, el área de las doce estancias en medidas de superficie moderna equivalen a 4277 hectáreas más 3400 metros cuadrados, superficie que cabe hondamente entre la encerrada por los linderos descritos concretamente. Para mostrar gráficamente la zona en la cual quedaron las doce estancias de Ríos Redondo, Vallejo y Naranjo la hemos dibujado en los planos de relleno con color verde.

“Comprobada como está la aceptabilidad del plano 3047-2 y dibujado en él los terrenos solicitados en concesión nacional por el Sindicato de Inversiones S. A., en relleno de color azul de acuerdo con la copia auténtica del plano de la propuesta del Sindicato de Inversiones S. A. que obra en el expediente, se ve claramente que las mercedes hechas a nombre del Rey de España en el siglo XVIII en favor de Juan Marrufo y Negrón, Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo NO se superponen en ninguna parte a los terrenos solicitados en concesión nacional por el sindicato de Inversiones S. A.

“b) Si los terrenos demarcados por las escrituras de 9 de febrero de 1853, por la cual Timoteo Rincón vendió a Juan de Dios Vargas Parra derechos sobre algunos predios, y número 208 de 10 de septiembre de 1856 de la Notaría 1ª de Bucaramanga, por la cual Vargas Parra vendió esos mismos terrenos a Don Ulpiano Valenzuela (folio 1, 2 y 25 del Cuaderno No 2, salvo error u omisión), son o no los mismos terrenos o sólo una parte de ellos, que fueron materia en las mercedes reales hechas a Marrufo y Negrón, Ríos Redondo, Ballejo y Naranjo. La opinión de los peritos deberán ilustrarla con un croquis.

“A este aparte conceptuamos:

“La escritura de 9 de febrero de 1853 por la cual Timoteo Rincón vende a Juan de Dios Vargas Parra varias propiedades, entre ellas un pedazo de tierra en Cachirí llamado tierra Caliente y el terreno del Río Pescado.

“Por los linderos que determinan el pedazo de tierra que llamaron de tierra Caliente y que aparecen en la escritura, se dilucida claramente que

esta propiedad quedaba situada entre la población de Cáchira y el Río Cáchira porque al decir "por la altura y lado de la jurisdicción, se comprende que es la población de Cáchira y al decir "por el un costado del río Cáchira" se comprende que el pedazo de tierra queda ubicado entre el Río Cáchira y la población del mismo nombre, este pedazo de tierra nada tiene que ver con las tierras del Río Pescado.

"En cuanto se refiere el terreno del río Pescado y por los linderos que aparecen en la escritura de 1853 los cuales transcribimos: "Desde la quebrada de la Mona río abajo de Cachirí a dar al río Magdalena, volviendo de para arriba por todo el Río del Pescado a dar al Serro Manzano, cogiendo todas las aguas que entran a dicho Río de un lado y otro, tomando el punto del Peñoncito y Río de Cáchira a línea recta a buscar el primer lindero de la quebrada de La Mona".

"Entendemos que al decir "Río abajo de Cachirí a dar al río de Magdalena, volviendo de para arriba por todo el río del Pescado", lo que se da en ellos es la dirección del Río Cachirí puesto que el polígono cierra interpretando, como interpretamos los linderos de la siguiente manera. Desde la boca de la quebrada de La Mona en el Cachirí, éste aguas abajo hasta la confluencia del Río Pescado con el Cachirí; de esta confluencia hacia arriba por la banda derecha del Río Pescado hasta encontrar el Cerro del Manzano; de este cerro al punto de Peñoncito, de este peñoncito línea recta al río Cachirí hasta encontrar la boca de la quebrada de la Mona en el río Cachirí primer lindero. Estos linderos así interpretados aparecen en los planos dibujados con línea continua de color morado.

"En la escritura número 208 del 10 de septiembre de 1856 de la Notaría Primera de Bucaramanga, Juan de Dios Vargas Parra vende a Don Ulpiano Valenzuela por los siguientes linderos: "Por el sur el río Cachirí con dirección al punto llamado "La Aguada" lindando con terrenos de Juan Cáceres y siguiendo río abajo hasta dar a la desembocadura de ésta al Magdalena, y volviendo para arriba por una y otra banda del río llamado del Pescado que corre dividiendo el mencionado globo de tierra a buscar el pie del Morro llamado Miraflores y lindando por este lado con terrenos de Lorenzo Jácome, cerca del salto del Río Cáchira. Tomando del pie del morro hacia el norte hasta llegar a la línea divisoria de esta provincia y la de Ocaña, de este punto y pie del citado

morro y línea recta hacia el sur hasta llegar al pie de los terrenos de Juan Cáceres y al río Cachirí su primer lindero".

"Como ya hemos demostrado que la frase "Río abajo de Cachirí a dar al río de Magdalena" significa la dirección a seguir el río Cachirí y no que el lindero vaya hasta el río Magdalena porque no es lógico que para determinar la boca del río Pescado en el Río Cachirí fuera necesario ir hasta el río Magdalena por el citado río para luego regresarse subiendo por el mismo río hasta encontrar el río Pescado y subir por él determinando sus dos bandas y sus cabeceras en el cerro del Manzano. Interpretando los linderos de la escritura número 208 de manera que encierren una área, quedan como sigue: Partiendo del sitio llamado "La Aguada" en el río Cachirí se sigue por el Río Cachirí abajo hasta encontrar la confluencia del río Pescado con el Cachirí, de esta confluencia por la banda derecha del río Pescado hasta el pie del Morro de Miraflores cerca del salto del Río Cachirí; del pie del morro se sigue hacia el norte hasta encontrar "La Aguada", en el río Cachirí, primer lindero. Los linderos descritos aparecen en los planos dibujados con línea continua de color naranja.

"En consecuencia con lo dicho en este aparte (b) los terrenos demarcados por la escritura de 9 de febrero de 1853 son los mismos terrenos que fueron materia de las mercedes reales hechas a Ríos Redondo, Vallejo y Naranjo en 1742. No así las de Marrufo y Negrón que como demostramos en la parte a) quedaron localizadas al este de la quebrada de la Mona. Los terrenos demarcados por la escritura 208 de 1856 difieren bastante, tanto de los terrenos que encierra la escritura de 1853 como los demarcados para las mercedes, porque la primera escritura dá como lindero la quebrada de la Mona, y en la segunda la Aguada que queda bastante más abajo de la quebrada. En el plano aparecen las mercedes de Marrufo y Negrón marcadas con color sepia y los terrenos de la escritura de 9 de febrero de 1853 en línea continua de color morado y los terrenos de la escritura número 208 de 1856, en línea continua de color naranja.

"c) Si los terrenos que fueron materia de las escrituras citadas de 1853 y 1856, a que me he referido, puedan o no identificarse en vista de los aludidos tres planos que ilustran principalmente los peritos, como los mismos que son objeto de la escritura número 82 pasada en la Notaría 4ª de Bogotá el 12 de enero de 1937, (Documen-

to N° 72 del Cuaderno de Pruebas de la Richmond), y de las mencionadas mercedes reales del Siglo XVIII, en todo o en parte. Los peritos ilustrarán con un croquis su opinión, como en los casos anteriores.

"A este punto contestamos:

"Los terrenos que fueron materia de las escrituras citadas de 1853 y 1856 son enteramente distintos de los terrenos que demarca la escritura número 82 de 12 de enero de 1937 de la Notaría Cuarta de Bogotá, porque al localizar los distintos linderos en los planos que obran en este negocio se ve claramente que los terrenos de las escrituras de 1853 y 1856 quedan hacia el Este de la banda derecha del Río Pescado y los de la escritura N° 82 de 1937 quedan situados hacia el Oeste de la divisoria de aguas de los Ríos Pescado y la quebrada del Tigre, por consiguiente los terrenos que demarcan la escritura número 82 de 1937 no se superponen, ni siquiera lindan con las tierras mercedadas en el Siglo XVIII. En los planos se puede ver claramente lo dicho ya que hemos dibujado los distintos globos en colores diferentes; terrenos de 1853 en línea continua de color morado, terrenos de 1856 en línea continua de color naranja, terreno de 1937 en línea continua de color rojo y las mercedes del siglo XVIII las de Ríos Redondo en relleno de color verde y las de Marrufo y Negrón en relleno de color sepia.

"d) Si por razón de "las Sobras" pretendidas por Ríos Redondo y el lindero del Río Lebrija (La quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta el río de la Magdalena) debe o no entenderse que la línea de cierre del perímetro no expresada explícitamente en las mercedes coloniales, es la que va del Magdalena hasta el cerro del Manzano. Este último arriba del río del Pescaño. Los peritos ilustran su opinión con un croquis como en los casos anteriores.

"Este punto lo contestamos como sigue:

"En cuanto a las sobras del Río Redondo, éstas quedaron perfectamente definidas y aclaradas por medio de la providencia de 24 de octubre de 1742. Ríos Redondo había pedido le mercedaran tierras de las sobras de las dos caballerías de Marrufo y Negrón, en Abril de 1742, luego por la providencia mencionada se le dio en las sobras y por linderos concretos, por lo cual su pretensión (sic) quedó satisfecha con la adjudicación de diez estancias, que él pretendiera tierras más abajo de la boca del río Pescado en el Cachirí. Es de anotar que en la época no figuró con el nombre

del río Lebrija en ningún lindero ni pedimento; por consiguiente la zona que se extiende hacia el oeste del río Pescado hasta el río Magdalena pudieron ser sobras realengas pero en ningún caso de Ríos Redondo porque a éste se le determinó clara y concretamente el sitio de su merced en el río Pescado. De lo dicho se deduce que de ninguna manera, en este caso, el río Magdalena fue lindero de las mercedes adjudicadas, sino más bien como determinación de la dirección del río Cachirí que sí fué lindero, por consiguiente no puede ser, como no lo es, línea de cierre de un polígono la recta que une el Río Magdalena y el cerro del Manzano, porque la merced no habla de ningún lindero que dé por referencia la línea Río Magdalena-Cerro del Manzano; además del Río Magdalena al Cerro del Manzano se pueden trazar cuantas rectas se quieran ya que no se determinó punto fijo del río que se debiera unir con el cerro del Manzano. Para mostrar gráficamente hemos dibujado en los planos, con flechas de color morado el curso del río Cachirí hasta el Magdalena regresándose por el mismo río hasta la boca del río Pescado, demostrando con claridad meridiana que el polígono cierra en la boca del río Pescado en el Cachirí.

"e) Si los terrenos que fueron materia de las escrituras de venta Valenzuela-Richmond (Escritura número 82 de enero 12 de 1937, Notaría 4ª de Bogotá), en vista de los planos y documentos citados abarcan o no, en todo o en parte, a los terrenos solicitados en concesión nacional por el Sindicato de Inversiones S. A.

"Sobre este aparte y basándose en los planos y escrituras, conceptuamos que los terrenos materia de la escritura de venta N° 82 de enero 12 de 1937 de Ulpiano Valenzuela a la Richmond abarcan todo el globo de los terrenos solicitados en concesión nacional por el Sindicato de Inversiones S. A.

"En esta forma damos cumplimiento a lo sometido a nuestro concepto siéndonos grato suscribirnos respetuosamente del señor Magistrado. (fdo.) Juan Francisco Galindo R. (fdo.) Severo Rocha".

El preinserto dictamen de los peritos Galindo y Rocha Alvira aparece ilustrado con una copia del plano o croquis de las tierras del río del Pescado, Cáchira, etc. de que dice es propietaria la Richmond Petroleum Company of Colombia, esto es, del mismo presentado por esta Compañía y, en donde mediante los signos convencionales que mencionan aparecen localizadas las tierras que

fueron objeto de las mercedes coloniales, las que fueron materia de la propuesta de contrato del Sindicato de Inversiones y lo son de este juicio ordinario, así como también las que vinieron a ser objeto de las transferencias a que aluden los instrumentos públicos que allí se citan, pudiéndose constatar claramente, por la simple observación de ese croquis no solamente el hecho fundamental, para los efectos de la decisión a tomar, afirmado por los expertos, de la no superposición en los terrenos objeto en último término de este juicio, de los que fueron materia de las mercedes coloniales hechas a Marrufo y Negrón, Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo, sino además que el primero de esos terrenos queda a una considerable distancia del segundo.

Lo dicho significa que la acción de la Nación está llamada a prosperar en razón de no quedar comprendido el terreno a que se refiere la demanda dentro de aquél que efectivamente resulta amparado por las adjudicaciones coloniales, conforme a los títulos emanados del Estado con anterioridad al año de 1873, aducidos como prueba del dominio alegado por la Compañía demandada, ya que las meras transferencias entre particulares, en relación con los terrenos a que se refiere el título de adquisición de la compañía son ineficaces para acreditar la propiedad particular de los petróleos que se encuentren o puedan encontrarse en esos terrenos.

Para terminar este capítulo, la Corte debe observar que de acuerdo con el dictamen pericial de los Ingenieros doctores Galindo y Rocha Alvira, los terrenos materia de la Propuesta del Sindicato de Inversiones S. A., quedan comprendidos dentro del globo de tierras descrito en la escritura de venta Valenzuela-Richmond, o sea la número 82 de fecha 12 de enero de 1937, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá. Pero es innecesario entrar en el examen del contenido y alcance de ese título, ya que esto se relaciona directamente con el problema del dominio sobre el suelo de dicho globo de tierras, lo cual constituye un extremo que no está sujeto a decisión en la presente litis, como así lo hace notar también el señor apoderado de la Compañía demandada en su alegato de conclusión en esta instancia.

Defensas de la parte demandada

El abogado de la Compañía demandada, al contestar la demanda, como ya hubo de anotarse, propuso como perentorias las excepciones de inexis-

tencia de la acción instaurada por la parte demandante, la de prescripción ordinaria y la de prescripción extraordinaria, "consumadas antes del 28 de octubre de 1873". Sobre el particular la Sala observa:

- A -

Por lo que hace a la primera de las referidas defensas, la parte demandada aduce esta consideración principal: "La Nación no tiene la acción petitoria en cuestión, porque no es poseedora del suelo ni del subsuelo de los terrenos mencionados; porque no siendo poseedora no puede legalmente asumir la posición de prescribiente; y porque no ha presentado, ni los tiene, títulos que acrediten propiedad ni posesión alguna.

"Y no vale alegar una presunción legal de ser baldíos aquellos terrenos, porque tal presunción, si acaso la hubo, desapareció ante las pruebas plenas y positivas de dominio y posesión real e inscrita de los propietarios particulares, presentadas por la misma Richmond Petroleum Company of Colombia en el juicio sumario de oposición a la propuesta de contrato de petróleos introducida al Ministerio de la Economía Nacional (hoy Minas y Petróleos) por el Sindicato de Inversiones S. A. de Medellín. Ese juicio fue fallado a favor de la Richmond por la Corte Suprema en la ya citada sentencia que en copia autorizada se ha traído a este expediente".

En sentir de la Corte, la posición de la Nación en este asunto es perfectamente clara: apoyándose en la presunción legal de ser baldíos los terrenos descritos en la demanda, solicita una declaración de dominio en su favor respecto del petróleo que en tales terrenos pueda encontrarse. En estas circunstancias, y conforme a reiterada doctrina de esta misma Sala, la Nación está dispensada del peso de la prueba aun cuando haya asumido la calidad de demandante, en atención a que la aseveración que hace el Estado de ser baldío un terreno entraña una negación indefinida, o sea la de no haber salido de su patrimonio, la cual, según los principios sobre prueba, debe destruirse con la afirmación concreta y definida de haberse adquirido el dominio por quien se pretende dueño.

Ahora bien: aquella presunción no quedó desvirtuada, como lo pretende la Compañía demandada, por la sola circunstancia de que hubiera prosperado la oposición que ésta formulara contra la propuesta del Sindicato de Inversiones. Ante el insuceso del juicio breve y sumario, a la

Nación le quedaba, de acuerdo con las leyes del petróleo, la oportunidad de promover entonces la correspondiente acción ordinaria encaminada a obtener una declaración judicial expresa sobre el dominio del subsuelo petrolífero. Y surtido el presente juicio, como consecuencia del ejercicio de aquella acción, la Corte llega ahora, frente a nuevos elementos de convicción, a conclusiones distintas de las que adoptara en el breve y sumario de 1940 ya que, como está visto, los títulos aducidos por la Compañía demandada como emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, se refieren a terrenos que no coinciden, ni en todo ni en parte, con los que se determinan en la demanda y que son precisamente los mismos que describe la propuesta del Sindicato de Inversiones, S. A. Luego el subsuelo petrolífero de esos terrenos está amparado por la presunción legal de dominio en favor de la Nación, ya que la compañía demandada no acreditó, mediante la prueba al respecto exigida por las leyes sobre la materia, que ese dominio se encuentra hoy radicado en su patrimonio.

Carece por lo tanto de asidero legal la primera de las excepciones perentorias en estudio.

— B —

Como viene dicho, la Compañía demandada alega la prescripción ordinaria y la extraordinaria, consumadas ambas antes del 28 de octubre de 1873.

Esta defensa, como es obvio, se refiere precisamente a las mismas tierras que se dicen amparadas con títulos emanados del Estado antes de aquella fecha, y se propone subsidiariamente, para el caso de que tales títulos no resulten legalmente eficaces.

Ahora bien: estando demostrado plenamente, conforme al dictamen pericial producido a esta instancia, ya transcrito en capítulo anterior de este fallo, que los terrenos que se dicen amparados con aquellos títulos no coinciden ni en todo ni en parte con los que se describen en la demanda, la Corte considera improcedente entrar en el examen de fondo de la prescripción así alegada, ya que se trata de una defensa referente a un globo de tierra distinto del que es materia de la declaración de dominio impetrada por la Nación en el presente negocio.

En consecuencia, la Corte considera infundadas las excepciones perentorias propuestas por la Compañía demandada en su escrito de contestación a la demanda.

Como síntesis y consecuencia de todo lo que se deja dicho, fluye el hecho de imponerse la confirmación del fallo apelado aun cuando por razones diversas a las aducidas allí por el Tribunal, según quedó visto.

En razón de lo discurrido, 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, de fecha 31 de agosto de 1950, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo del apelante (ordinal 3º, artículo 2º, Decreto número 0234 de 1951).

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Cástor Jaramillo Arrubla, Conjuez.—Rafael Leyva Charrí.—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

Si es verdad que la prescripción adquisitiva (a la cual puede asimilarse el sistema de la Ley 89 de 1890 en relación con los resguardos de indígenas) opera retroactivamente, como se desprende de algunas disposiciones del Código Civil— por ejemplo el artículo 1792, ordinal 1º— no es menos cierto que esa retroactividad no puede incidir válidamente sobre minas o yacimientos que, a tiempo en que se consumó la prescripción, ya habían sido objeto de reserva por la Nación y sólo podían explotarse mediante contratos o procedimientos especiales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintidós de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En la demanda con que se inició este negocio ante el Tribunal Superior de Popayán, solicitó el abogado doctor Antonio José Iragorri R., en representación de la Parcialidad de Indígenas de Puracé, a virtud de poder que le confirieron los miembros del Cabildo de dicha Parcialidad, que se hicieran en juicio ordinario contra la Nación y la compañía "Industrias Puracé, S. A.", las siguientes declaraciones:

"Primera.—La Parcialidad o Resguardo de Indígenas de Puracé es dueña de un globo de terreno de unas seiscientas (600) hectáreas de superficie, y de los yacimientos de azufre existentes en tal globo, terreno y yacimientos que están comprendidos dentro de los siguientes linderos especiales: 'Partiendo del punto conocido con el nombre de Nacimiento del Río Vinagre, como punto arcifinio que es perfectamente definido y conocido en toda la región, se midieron seiscientos (600) metros en dirección N. 18º W. hasta dar al mojón 1; por este punto extremo de la línea así obtenida, se traza una normal a ella, midiendo mil (1.000) metros hacia el Este, hasta el mojón 2, y mil (1.000) metros hacia el Oeste, hasta el mojón 5, con lo cual se obtiene una recta de longitud total de dos mil (2.000) mts. rumbo N. 72º E, que es la base del rectángulo que delimita la zona de la mina;

en el extremo Este de la línea anterior (mojón 2) se traza una recta, en dirección S. 18º E de tres mil (3.000) metros de longitud, hasta el mojón 3; del extremo de esta última línea así obtenida, se medirán dos mil (2.000) metros en dirección S. 72º W. hasta el mojón 4; del extremo de esta nueva línea se medirán tres mil (3.000) metros en dirección N. 18º W., con lo cual se llega al mojón 5, extremo oeste de la base del rectángulo, y así queda determinado un cuadrilátero de dos mil (2.000) metros por tres mil (3.000) metros'.

"Segunda.—La Compañía 'Industrias Puracé, S. A.', domiciliada en Cali, restituirá a la Parcialidad o Resguardo de Indígenas de Puracé, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, el terreno determinado en la declaración anterior, con todos sus yacimientos de azufre y derivados de tal materia que en él existen.

"Tercera.—La misma Compañía 'Industrias Puracé, S. A.' pagará a la Parcialidad o Resguardo de Indígenas de Puracé, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, el valor de los frutos percibidos, o sea de las cantidades de azufre extraídas desde el día en que comenzó su explotación hasta la fecha de la entrega ordenada en la declaración anterior, deducidas las expensas para producir tales frutos, o sea la cantidad líquida de..... pesos (aquí lo que resulte probado y estimado por peritos).

"Cuarta.—En subsidio de la anterior: La misma Compañía 'Industrias Puracé, S. A.' pagará a la Parcialidad o Resguardo de Indígenas de Puracé la cantidad de..... (aquí lo que se pruebe) como valor de los frutos percibidos desde la fecha de la contestación de esta demanda hasta aquella en que se ejecute el fallo, deducidas las expensas gastadas para producirlos.

"Quinta.—La misma Compañía 'Industrias Puracé, S. A.' pagará a la parte demandante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la cantidad de..... (aquí lo que se pruebe) por concepto de los deterioros ocasionados en el inmueble por su hecho o culpa.

"Sexta.—La Compañía 'Industrias Puracé, S. A.' pagará las costas de este juicio".

Como fundamento de las anteriores peticiones,

se expusieron los hechos que en seguida pasan a relacionarse:

a) Desde tiempo inmemorial la Parcialidad de Indígenas de Puracé viene poseyendo, como señora y dueña, con títulos de propiedad, los terrenos del resguardo de Puracé, ubicados en el distrito del mismo nombre y deslindados así: "Por un lado, con la quebrada 'Agua Blanca', desde su origen hasta unirse con el río Anambío; desde aquí aguas abajo, hasta dar con la chorrera llamada 'Chirimbolo', por el pie de la peña de Chirimbolo hasta dar a la chorrera llamada 'Cuchivale'; la misma quebrada hasta dar abajo con el río Moliño, de este mismo río una chamba arriba, hasta dar a la área del pueblo, sigue la chamba del cementerio hasta el pie de la peña llamada de 'Monjas'; aquí se deslinda con terrenos del señor Juan Rojas; río 'Vinagre' abajo, hasta unirse con el río San Francisco, sigue el mismo río San Francisco aguas arriba hasta dar con el peñón de 'Cuare'; por el mismo peñón hasta dar a la loma alta llamada 'Llanitos'; de aquí, línea recta deslindando con terrenos de Juan Lazo, línea recta hasta dar en la quebrada llamada 'Juntas', quebrada arriba hasta dar en el puno denominado 'Peña Blanca', faldón arriba hasta el venteadero, de aquí directamente hasta el punto del Crucero, de aquí arriba a dar con la laguna de 'San Rafael'; sigue directamente a dar con la quebrada llamada 'Agua Colorada', sigue por el peñón del páramo a encontrarse con la quebrada 'Aguas Blancas', y de aquí hasta donde existían los mojones". El terreno que queda demarcado tiene como colindantes: por el Oriente, terrenos baldíos o sea la Cordillera Central; por el Occidente, terrenos del señor Juan Rojas; por el Norte, terrenos de los herederos del doctor Sergio Arboleda; y por el Sur, terrenos que correspondieron al General Tomás C. de Mosquera, teniendo de por medio la quebrada 'Agua Blanca' desde su origen, como se ha dicho antes, y de aquí a Chirimbolo (hecho 1º).

b) "Los terrenos que se acaban de delimitar no son ni han sido baldíos, ni han sido adjudicados en tal carácter antes ni después de la vigencia del Código Fiscal Nacional" (hecho 2º).

c) Dentro de dichos terrenos, que son de propiedad exclusiva de la Parcialidad de Indígenas de Puracé, existe un rico yacimiento de azufre y otros derivados de la misma materia, yacimiento o depósito cuyos linderos especiales son los indicados en la petición primera de la demanda (hecho 3º).

ch) Partiendo del supuesto de que los terrenos

en que se encuentran tales yacimientos de azufre son baldíos, la Nación celebró con la Compañía "Industrias Puracé, S. A." un contrato para la explotación de los expresados minerales, contrato que lleva fecha 22 de febrero de 1946 y que aparece publicado en el **Diario Oficial** número 26192 de 29 de julio del mismo año (hecho 4º).

d) La sociedad "Industrias Puracé, S. A." viene poseyendo y explotando los yacimientos de azufre de propiedad de la Parcialidad de Indígenas de Puracé, y ocupando los terrenos en que tales yacimientos están, sin derecho alguno y sin consentimiento del verdadero dueño (hecho 5º).

e) La Sociedad "Industrias Puracé, S. A." ha extraído hasta la fecha de la demanda más de mil toneladas de azufre del yacimiento de propiedad particular de la Parcialidad de Indígenas de Puracé, beneficiándose en provecho propio de tales frutos del inmueble (hecho 6º).

f) La misma compañía ha causado deterioros en los terrenos de la Parcialidad, como destrucción de sementeras, derrumbes, tala de bosques, rompimiento de cercas, etc. (hecho 7º).

De la expresada demanda se dio traslado al señor Fiscal del Tribunal, como representante de la Nación, y al señor gerente de "Industrias Puracé, S. A." doctor Manuel María Mosquera; y una vez contestada por éstos, se recibió el juicio a pruebas, dentro de cuya oportunidad se practicaron las que las partes creyeron atinentes a la defensa de sus intereses.

Finalmente el Tribunal, después de agotados los demás trámites procesales, falló el pleito por sentencia de fecha diez y siete de febrero de mil novecientos cincuenta, en el sentido de absolver a la Nación y a "Industrias Puracé, S. A." de los cargos de la demanda.

De tal sentencia apeló el apoderado de la parte demandante para ante esta Sala de la Corte. Y como aquí se ha surtido ya la tramitación de esta segunda instancia —dentro de la cual se practicaron nuevas pruebas y alegaron el señor Procurador Delegado en lo Civil y el señor apoderado de "Industrias Puracé, S. A."— se procede ahora a resolver lo que en derecho corresponda.

Las pruebas

El apoderado de la Parcialidad de Indígenas de Puracé acompañó a su demanda copia de la escritura número 492 de 16 de julio de 1892 de la Notaría de Popayán, por medio de la cual se protocolizaron varias declaraciones rendidas el mismo año ante el Juez del Circuito de dicha ciudad, en

que aparece lo siguiente: a) que los testigos Juan Certuche, Nazario Orozco, Manuel Antonio Valencia y Juan Rojas afirman que la Parcialidad venía poseyendo como Resguardo, hacía más de treinta años, las tierras descritas en el hecho 1º de la demanda, donde los indígenas tenían casas de habitación, sementeras, etc.; y b) que los testigos Manuel Aguilar y José Antonio Torres aseveran o afirman los mismos hechos, si bien no indican todos los puntos de referencia que mencionan los declarantes primeramente nombrados, respecto de la alinderación de las tierras poseídas por la Parcialidad; para cuya apreciación es suficiente con transcribir los linderos de esas tierras según el testigo Aguilar, que **rezan así:**

"...por un lado con la quebrada Agua Blanca, desde su origen, ésta abajo hasta unirse a la de Anambío, de aquí hasta tocar con el río San Francisco y de aquí aguas arriba hasta el punto del peñón del Patía; de aquí a la cuchilla alta de Los Llanitos, deslindando hasta dar en la quebrada de Juntas; de aquí aguas arriba a Peñas Blancas; de aquí a la parte alta de la cordillera central hasta tocar con la laguna de San Rafael, de aquí hasta tocar con el dicho río San Francisco y de este punto a las faldas del volcán (sic), y de aquí a dar a la quebrada de Aguas Blancas, punto de partida".

También se presentaron con la demanda y se recibieron dentro del juicio otras pruebas; pero para lo sustancial de esta controversia, basta con reseñar aquí el resultado de la inspección ocular practicada en el curso de la primera instancia.

En esa inspección (fs. 11 a 12 v. del cuaderno número 2), en efecto, se recorrieron o identificaron, con el concurso de los peritos doctor Camilo Varona y don Jorge Fernández R., los siguientes linderos del terreno a que se refiere el hecho 1º de la demanda, correspondientes a los indicados por los testigos Certuche, Orozco, Valencia y Rojas, declarantes en el año de 1892: "Por un lado la quebrada Agua Blanca desde su origen hasta unirse con el río Anambío; desde aquí aguas abajo hasta dar con la chorrera llamada 'Chirimbo-lo', por el pie de la peña de 'Chirimbo-lo', hasta dar con la chorrera llamada 'Michácala' y no 'Cuchivala' como dice el punto primero de la demanda; la misma quebrada hasta dar abajo con el río Molino, de este mismo río una chamba arriba hasta dar al área del pueblo, sigue la chamba del cementerio hasta el pie de la peña llamada de Monjas; por este lado occidental, lo aclaran los peritos, está comprendida el área de la población

de Puracé, que en consecuencia ya no pertenece a la Parcialidad; aquí (de la peña de las Monjas) se deslinda con terrenos del señor Juan Rojas; río Vinagre abajo hasta unirse con el río San Francisco, sigue el río San Francisco aguas arriba hasta dar con el peñón de Cuaré; por el mismo peñón hasta dar a la quebrada llamada Llanitos; de aquí línea recta deslindando con terrenos de Juan Lazo, línea recta hasta dar en la quebrada llamada Juntas, quebrada arriba hasta dar al punto llamado de Peña Blanca, faldón arriba hasta el Venteadero, de aquí directamente hasta el punto del Crucero, de aquí arriba a dar a la laguna de San Rafael; sigue directamente a encontrar con la quebrada llamada Agua Colorada en su desembocadura con el río Cocuy; quebrada Aguas Coloradas arriba". Al llegar a este punto los peritos estuvieron en desacuerdo sobre la localización del "peñón del páramo", de donde debía seguirse a la quebrada de Agua Blanca o punto de partida, pues en contra de la opinión del perito de la parte actora, el perito Varona conceptuó que no se podía saber "cuál de las rocas que están al pie del volcán es la que se conoce con ese nombre, y no estando determinado este punto tampoco es posible decir precisamente cuál línea sea la que deba seguirse para llegar al nacimiento de la quebrada de Agua Blanca".

En la diligencia de inspección consta, además, que los peritos conceptuaron sobre los siguientes puntos:

"Respecto al punto b) el perito doctor Varona manifiesta que para poder contestarlo habría que completar el trazado del lindero sur de los terrenos de la Parcialidad (se leyeron a los peritos los linderos a que se refiere el hecho 3º de la demanda), para ver si los linderos de la Parcialidad afectan los de la concesión. El perito Fernández manifiesta, por su parte, que conoce los linderos tanto de la Parcialidad como de la concesión y que por tal conocimiento afirma que estos últimos, es decir, los terrenos que abarcan la concesión, están comprendidos en su totalidad dentro de los linderos del Resguardo o Parcialidad de Indígenas de Puracé.

"Respecto al punto c) ambos peritos de común acuerdo manifiestan que dentro de los linderos de la concesión ya leídos, la Compañía Industrias Puracé, S. A. tiene establecidos trabajos de exploración y explotación de azufre y para este efecto se están construyendo edificios y montando la maquinaria que requiere esa explotación.

".....

"Al punto e)—La Compañía ha zocolado o limpiado unas dos plazas, más o menos, para sus instalaciones; consideramos que los daños que se hayan podido causar a la Parcialidad por este motivo valen la cantidad de cuatrocientos pesos (\$ 400.00). A petición del apoderado de la Compañía, aclaran los peritos que los edificios, tanto para la maquinaria como los campamentos y la parte desmontada, están encerrados dentro de los linderos de la concesión".

Se designó luego como perito tercero, en vista del desacuerdo de los principales sobre dos cuestiones de importancia, al doctor Alejandro Gómez, quien al rendir su dictamen tomó en cuenta las varias declaraciones protocolizadas por medio de la escritura número 492 de 1892 de la Notaría de Popayán.

Refiriéndose a estas declaraciones, encontró el perito tercero que todas "están de acuerdo en esencia, aunque difieren en la manera de expresar su pensamiento y en el nombre que asignan a los objetos": "Certuche habla del **peñón del páramo a encontrarse con la quebrada Agua Blanca**; Manuel Aguilar de **faldas del volcán (sic) y de aquí a la quebrada de Agua Blanca**; Nazario Orozco de la **quebrada de Agua Colorada hasta dar al volcán de Puracé, y de este punto se pasa a la quebrada de Agua Blanca hasta dar a unos mojones; etc.**"

En estas condiciones, conceptuó el perito tercero que "los linderos de la Parcialidad en este punto, o sea en los faldones del volcán, están, definidos por elementos fijos naturales, o sea: Quebrada de Agua Colorada arriba hasta dar a los faldones del volcán o peñón del páramo; de aquí se sigue por el peñón hacia el nacimiento de Aguas Blancas, o sea hacia el sur, hasta encontrar el origen o nacimiento de Aguas Blancas, que es el punto de partida".

Y agregó en seguida este perito, en relación con la otra cuestión en que había habido diferencia entre los principales:

"b) La Concesión de 'Industrias Puracé, S. A.', por los linderos señalados en la demanda, están o no dentro de los linderos de la Parcialidad de Indígenas? Esta es una cuestión puramente técnica que no tiene dificultad una vez definidos los linderos de la Parcialidad en los faldones del volcán. Estuve en todos los mojones de la Concesión. Subí por los mojones números cinco (5), cuatro (4) y tres (3), localizados aproximadamente a 3.600, 3.800 y 4.100 metros sobre el nivel del mar en su orden. El mojón más alto es el número tres (3), 19—Gaceta

situado en donde comienzan los arenales o terminan los pajonales. Localizado en este último mojón, y con vista en los otros dos anteriores, elaboré el croquis aproximado que acompaño. No cabe duda de que el rectángulo de la Concesión Industrias Puracé, S. A. está totalmente dentro de los linderos de la Parcialidad de Indígenas de Puracé. Efectivamente, el peñón del páramo y el nacimiento de Aguas Blancas están a mayor altura y distancia que el mojón número tres (3) de la Concesión, que es el más alto" (fls. 16 a 18 del cuaderno número 2).

Finalmente, entre las pruebas aportadas a estos autos figura, y merece aquí especial mención, una copia del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la sociedad "Industrias Puracé, S. A.", contrato por el cual se le concedió a esta sociedad el derecho de explorar y explotar los yacimientos de azufre existentes en el globo de terreno a que se refiere la petición primera de la demanda de la Parcialidad (fs. 28 a 36, c. N° 1).

La sentencia apelada

En su sentencia absolutoria empieza el Tribunal de Popayán por referirse a la excepción de prescripción de la acción propuesta por el apoderado de "Industrias Puracé, S. A.", en el escrito en que dio contestación a la demanda. Y al efecto se expresa así:

"Está demostrado en autos que la entrega legal de los terrenos donde están situados los yacimientos de azufre materia de la concesión no se ha llevado a cabo, como se ve por la certificación expedida por el Ministerio de Minas y Petróleos (fl. 47, cuaderno número 2), ni se ha señalado la fecha para efectuar esa entrega. Como el término para la oposición de que trata el artículo 49 de la ley 85 (alude el Tribunal a la ley 85 de 1945) es de un año a partir de la fecha de la entrega, podría pensarse que la acción se ha incoado antes de tiempo, lo cual no es así, pues estima el Tribunal que aunque la entrega no se ha hecho a "Industrias Puracé, S. A.", la oposición podía formularse, pues el apoderado de la Compañía admitió en la contestación de la demanda que "Industrias Puracé, S. A." ha venido poseyendo y explotando los yacimientos de azufre de que trata el litigio. Y esto es suficiente para que la parte actora pudiera ejercitar la acción por la cual se pretende mejor derecho sobre los yacimientos de azufre que ya están siendo poseídos y explotados por la Compañía demandada.

"Ni puede alegarse con razón por otro lado como se hace en la contestación de la demanda, que la acción consagrada por el artículo 4º de la ley 85 está prescrita, pues está visto que conforme a esta norma la prescripción extintiva de la acción no ocurre sino vencido el año a partir de la fecha en que al concesionario le sea entregada por el Gobierno la zona concedida".

Entrando luego al estudio de los títulos de la Parcialidad, en relación con el dominio del terreno a que se refiere el hecho 1º de la demanda, el sentenciador de primer grado acoge o prohíja las siguientes apreciaciones de la Sala de Casación de la Corte sobre la eficacia de tales títulos, apreciaciones emitidas en fallo de veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, en juicio de reivindicación seguido por la Parcialidad contra Ernestina Escobar de Prado y otros:

"La ley 89 de 1890, de sentido y propósito, por decirlo así, patriarcales, se refiere a los 'salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada' y también a 'las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil', y comienza por disponer que para los primeros no regirá la legislación general, sino que el gobierno determinará de acuerdo con la autoridad eclesiástica la manera como esas incipientes sociedades deberán ser gobernadas (artículo 1º), y que para los ya reducidos a la vida civil tampoco regirán las leyes generales de la República en asuntos de resguardos, sino las disposiciones de esa misma ley (artículo 2º). Para los fines o casos de su artículo 40, dá por asimilados a los indígenas 'a la condición de menores de edad'. En el capítulo que llama 'Protectores de los Indígenas' reglamenta sus Cabildos; en la organización de éstos vela por la defensa e integridad de los resguardos; y en lo que mira singularmente al presente pleito, dice su artículo 12: 'En caso de haber perdido una Parcialidad sus títulos por caso fortuito o por maquinaciones dolosas y especulativas de algunas personas, comprobará su derecho sobre el resguardo por el hecho de la posesión judicial o no disputada por el término de treinta años, en caso que no se cuente con esa solemnidad, y de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil. Este último requisito de la posesión pacífica se acredita por el testimonio jurado de cinco testigos de notorio abono, examinados con citación del Fiscal del Circuito, los que expresarán lo que les conste o hayan oído decir a sus predecesores, sobre la posesión y linderos del resguardo'. Aquí el Gobernador de la Parcialidad obtuvo con citación del Fiscal las de-

claraciones ante Juez de que habla la disposición transcrita, en actuación que se protocoló por escritura número 492 en la Notaría 2ª de Popayán el 16 de julio de 1892, registrada el 6 del siguiente agosto. Este instrumento es lo que como título presentó la Parcialidad acompañándolo en legal forma a su demanda. Como ya se dijo, el Tribunal lo rechazó porque con esas declaraciones de testigos se pretende crear título, siendo así que la ley lo que autoriza es suplir por medio de ellas un título preexistente que se haya perdido por caso fortuito o por las dichas maquinaciones, y ese título, que precisamente debía ser otorgado por la Corona Española, no aparece ni mencionado siquiera por los testigos. Según se dijo también, el Tribunal, en vez de deducir de su concepto que el actor no había probado su dominio, llegó a deducir que la Parcialidad no existe....

Cuanto al citado instrumento número 492 de 1892, se observa: La interpretación que el Tribunal dá al transcrito artículo 12 de la ley 89 de 1890 no se compadece con el propósito que guió al legislador al dictarla, el que es de protección, defensa y amparo de incapaces. Si no cupiera la mencionada prueba testimonial sino en los casos únicos de título perdido por las precisas causas expresadas en el encabezamiento del artículo 12, quedaría suprimido o al menos gravemente mermado el recurso creado allí. De ahí, sin duda, que si esa disposición comienza refiriéndose a título perdido por esas causales, adelante, expresándose genéricamente, diga 'en caso que no se cuente con esa solemnidad', de donde puede derivarse el concepto de que el tenor literal viene a concordar con el espíritu e intención antedicha. No se comprendería que, empeñada la ley en proteger a los indígenas y asegurarles y conservarles sus resguardos, al concederles aquel medio probatorio de la posesión de largo tiempo, lo hiciera de modo tan limitado que cupiera exclusivamente sólo cuando hubiera pérdida de título por esas contadas causales y quedara cerrado ese camino cuandoquiera que, aún comprobada plenamente esa posesión, los testigos no mencionen un título original o no digan que lo vieron o que oyeron a sus antepasados hablar de él. Es claro que, cuanto más remota haya sido la concesión de un título, tanto más difícil e improbable es que todavía haya personas que lo vieran o recuerden. Desde estos puntos de vista mucho es lo que a lo largo del litigio y para 1892 haya testigos presenciales de actos posesorios tan remotos como los afirmados así, no sólo al tenor de dicha escritura sino

en ambas instancias. Nótese que se ha razonado dentro de la exigencia de título expedido por la Corona Española de que habla el Tribunal, sin aludirse siquiera a la posibilidad de que, en general, un grupo dado de aborígenes tuviera y conservara tierras que quedaran indemnes ante la codicia e invasión del conquistador; de suerte que ostentaran un título verdadero y recto, en vez del que enrevesadamente se ha tenido que calificar de legítimo porque lo expidiera con tales o cuales formalidades el usurpador. Como se verá adelante al estudiar las pretensiones de los demandados, ellos invocan un derecho que arranca de actos y concesiones de la misma Parcialidad. En el conflicto de las dos partes litigantes, la Sala encuentra que jurídicamente se configura en forma más sólida y respetable la pretensión de la Parcialidad".

Rebate en seguida el Tribunal algunos conceptos de la parte demandada sobre la protocolización de las declaraciones de 1892, registro de las mismas, etc.; todo hasta afianzarse en la tesis de que los terrenos de la demanda pertenecen realmente a la Parcialidad de Indígenas de Puracé.

Por último, llegando al estudio de los yacimientos o minas de azufre existentes en tales terrenos, el Tribunal, después de un extenso recorrido por toda la legislación de la época colonial y de la República, arriba a la conclusión de que esas minas son de propiedad del Estado, a cuyo efecto termina por expresarse así:

"Respecto de la propiedad superficiaria, hay que aceptar, como lo aceptó la Corte en el fallo varias veces citado, que el título de 1892, creado conforme al artículo 12 de la ley 89 de 1890, acredita el dominio de la Parcialidad y que tiene como causa la posesión treintenaria de los indígenas sobre las tierras del Resguardo. Pero tratándose de la propiedad del subsuelo y en el caso particular de las minas de azufre cuya propiedad se discute, no parece que dicha Parcialidad sea dueña de ellas, o pueda oponerse a que la Nación las conceda para su explotación. En efecto, ya se vio que conforme al artículo 1126 del Código Fiscal de 1873 y el 199 de la Constitución actual, las minas de azufre descubiertas en terrenos baldíos con posterioridad al año de 1874 (sic) pertenecen a la Nación. Y para que tales minas sean de propiedad particular se requiere que los títulos del propietario de la superficie hayan sido anteriores a la vigencia del Código Fiscal del año de 1873, es decir, que los terrenos dejaran de ser baldíos con anterioridad a ese año, pues habién-

dose consagrado en ese año la reserva de las minas de azufre en favor de la Nación, cuando se encontraren en tierras baldías, los particulares que aleguen derecho de dominio sobre el subsuelo deben acreditar con título emanado del Estado que los terrenos dejaron de ser baldíos con anterioridad a la mentada fecha.... Y aquí se repite que no se trata de discutir el dominio de la Parcialidad respecto de la superficie de las tierras del Resguardo y que fue adquirido legalmente con posterioridad al año de 1873, sino que como la reserva minera fue hecha en ese año, el título posterior formalizado legalmente no puede afectar dicha reserva".

Los alegatos ante la Sala

Al alegar en esta instancia, tanto el señor Procurador Delegado en lo Civil como el apoderado de "Industrias Puracé, S. A." consideran que la sentencia absolutoria del Tribunal merece confirmarse; pero advirtiendo talvez cierta incongruencia en esta decisión, arguyen que los títulos de la Parcialidad son ineficaces aún respecto de la propiedad privada del terreno, ya porque las declaraciones de 1892 no concuerdan en materia de linderos, ya porque la inspección ocular practicada en el curso del juicio no demuestra que la zona de la concesión de azufre esté comprendida dentro de esos "hipotéticos linderos", o ya porque no hay prueba de que la Parcialidad perdiera sus títulos **por caso fortuito o por maquinaciones dolosas y especulativas de algunas personas**, condición indispensable para que pudiera válidamente acreditarse la propiedad de las tierras de resguardo con la posesión de treinta años, según los términos del artículo 12 de la ley 89 de 1890.

Pero agregan todavía más los demandados: que aún suponiendo que las declaraciones protocolizadas en 1892 sean suficientes para demostrar la propiedad privada del terreno, no por eso las minas de azufre existentes en él dejaran de ser de propiedad nacional, comoquiera que se trata de un título posterior a la vigencia del Código Fiscal de 1873, que estableció la reserva de tales minas.

Consideraciones de la Corte

I

Al iniciarse este juicio, el apoderado de la Parcialidad de Indígenas manifestó que hacía aproxi-

madamente un año que la sociedad Industrias Puracé, S. A. venía poseyendo y explotando los yacimientos de azufre, y ocupando los terrenos en que tales yacimientos están (hecho 5º); sobre lo cual dijo el personero de la expresada sociedad, en su contestación a la demanda:

“Es cierto que ‘Industrias Puracé, S. A.’ ha venido poseyendo y explotando unos yacimientos de azufre ubicados en el municipio de Puracé, pero esa posesión y la exploración y explotación las ha hecho dicha sociedad en virtud de una concesión dada por quien tiene la propiedad de esos yacimientos y terrenos”.

De otra parte, el Ministerio de Minas y Petróleos certifica en febrero de 1949 que “no se ha efectuado aún la entrega de los terrenos sitos en el municipio de Puracé, departamento del Cauca, a la Compañía ‘Industrias Puracé, S. A.’, que son objeto del contrato de concesión celebrado entre el Gobierno Nacional y dicha sociedad con fecha 22 de febrero de 1946, ni se ha hecho hasta hoy señalamiento de fecha para efectuar esa entrega” (fl. 47 del cuaderno número 2).

En todo caso, por las manifestaciones y pruebas aludidas no puede deducirse que, a tiempo de presentar su demanda la Parcialidad, ya estuviera caducada la acción referente a las minas de azufre, puesto que de acuerdo con el artículo 5º de la ley 85 de 1945, el presunto dueño de los yacimientos que no hizo oposición sólo pierde su derecho “si no inicia la acción ordinaria correspondiente dentro del término de un año, que se contará a partir de la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida”.

II

La propiedad del terreno

Respecto del título de la Parcialidad de Indígenas de Puracé, se objeta que las declaraciones de 1892 no coinciden en cuanto a los linderos del terreno; pero si esas declaraciones se aprecian razonablemente, lo que en realidad ocurre es que unos testigos, para indicar la determinación de las tierras, dan más pormenores o puntos de referencia que otros.

En efecto, los testigos Manuel Aguilar y José Antonio Torres, después de bajar por la quebrada de Aguablanca hasta el punto en que ésta se une con la quebrada de Anambío, dicen que de aquí se sigue “hasta tocar con el río San Francisco”, en tanto que los demás declarantes —Juan

Certuche, Nazario Orozco, Manuel Antonio Valencia, Juan Rojas— precisan con mayores detalles este trayecto de los linderos; en términos sensiblemente iguales: así, Certuche, al llegar a la unión de la quebrada de Aguablanca con la de Anambío, expresa que “desde aquí aguas abajo hasta dar con la chorrera llamada Chirimbozo por el pie de la peña de Chirimbozo hasta dar a la chorrera llamada Cuchivale; la misma quebrada abajo hasta dar con el río Molino, de este mismo río una chamba arriba hasta dar al área del pueblo, sigue la chamba del cementerio hasta el pie de la peña llamada de Monjas; aquí se deslinda con terrenos del señor Juan Rojas; río Vinagre abajo, hasta unirse con el río San Francisco”.

Otro tanto ocurre en otro trayecto de la alinderación, en que Certuche, Orozco, Valencia y Rojas son más detallistas en cuanto a puntos o sitios intermedios de referencia, pero pudiendo observarse, a la simple lectura de las varias declaraciones mencionadas, que todas concuerdan en lo esencial para la determinación del terreno.

Mas siendo esto así, está bien que tanto en la demanda como en la inspección practicada en la primera instancia se tomaran como base las declaraciones que, según se ha dicho, resultan más explícitas en materia de linderos.

De otro lado, en la dicha inspección se reconocieron o identificaron, con el concurso y asentimiento de los peritos de los interesados, los linderos del terreno hasta llegar a la línea final, o sea al trayecto que va del “peñón del páramo” al punto de partida u origen de la quebrada de Aguablanca, respecto del cual estuvieron en desacuerdo los peritos principales, porque el de los demandados consideró, contra el parecer de su compañero designado por la parte actora, que no se podía saber “cuál de las rocas que están al pie del volcán” es la que se conoce con aquel nombre de “peñón del páramo”. Pero sobre el particular estima la Sala que la cuestión quedó aclarada con la intervención del perito tercero doctor Alejandro Gómez, quien tomando en cuenta lo que se dice en varias de las declaraciones de 1892, y en el fondo de acuerdo con el perito de la Parcialidad, llegó a la conclusión de que “peñón del páramo” y “faldones del volcán” corresponden a una misma cosa.

En resumen, para la Corte el terreno a que se refieren las precitadas declaraciones de 1892 no sólo es uno mismo, sino que está objetivamente determinado en la realidad.

También se objeta por la parte demandada que

la prueba en cuestión no acredita el resguardo de la Parcialidad, porque no se dieron todas las condiciones previstas por el artículo 12 de la ley 89 de 1890, que dice:

"En caso de haber perdido una parcialidad sus títulos por caso fortuito o por maquinaciones dolosas y especulativas de algunas personas, comprobará su derecho sobre el resguardo por el hecho de la posesión judicial o no disputada por el término de treinta años, en caso que no se cuenta con esa solemnidad, y de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil. Este último requisito de la posesión pacífica se acredita por el testimonio jurado de cinco testigos de notorio abono, examinados con citación del Fiscal del Circuito, los que expresarán lo que les conste o hayan oído decir a sus predecesores, sobre la posesión y linderos del resguardo".

Al respecto, se observa:

Sobre la posesión treintenaria de que trata el precepto citado, dicen así los testigos de 1892:

JUAN CERTUCHE: "Que es cierto que queda deslindado con los dos puntos anteriores (sic) forma el Resguardo de la Parcialidad de Puracé, y ésta lo ha poseído pacíficamente por más de treinta años, por lo que cree el declarante que es dueño de él, y tienen algunos miembros de la Parcialidad casas de habitación, labranzas, bestias y ganados". Agrega este declarante que se crió en Puracé y que tenía más de sesenta años.

MANUEL AGUILAR: "Que es cierto que el terreno que queda deslindado pertenece a la Parcialidad de Puracé, quien lo ha poseído por más de treinta años pacíficamente y por esta razón los indígenas tienen casas de habitación, sementeras y distintas clases de ganados, y que el declarante tiene más de cincuenta años y que siempre ha vivido en Puracé".

NAZARIO OROZCO: "Que es cierto que el terreno deslindado del modo enunciado, forma el Resguardo de la Parcialidad de Indígenas de Puracé, y que los indígenas han poseído dicho terreno quieta y pacíficamente por treinta años, y que esto lo afirma el declarante porque ha vivido durante este tiempo en Puracé y porque a muchas personas viejas les ha oído decir el declarante en Puracé que los indígenas desde tiempo inmemorial han poseído dichos terrenos sin que nadie los haya perturbado, y que el declarante ha conocido a muchos indígenas habitando en dichos terrenos, en donde hasta hoy tienen casas, cementseras (sic)".

JOSE ANTONIO TORRES: "Que hace como se-

senta años que el declarante conoce el resguardo de los indígenas de Puracé, y durante todo este tiempo los indígenas lo han poseído quieta y pacíficamente, pues el declarante no ha visto que los perturben, y sí han visto que los indígenas han tenido y tienen casas de habitación y que además le ha cedido (sic) a la iglesia de Puracé un potrero denominado La Loma del Tambo, y allí tienen algunos ganados".

MANUEL ANTONIO VALENCIA: "Que es verdad que el terreno que queda deslindado en los puntos anteriores forma el Resguardo de la Parcialidad de Puracé, y que ésta lo ha poseído pacíficamente por más de cuarenta años, con cuyo motivo es dueña de él, y tiene en él casas de habitación, cementseras (sic) ... Que todo lo que deja relacionado le consta al declarante porque ha vivido en Puracé por más de cuarenta años..."

JUAN ROJAS: "Que es cierto, porque el declarante hace más de cuarenta años que conoce el Resguardo de los indígenas de Puracé, deslindado en los dos puntos anteriores: que los indígenas han estado quieta y pacíficamente en posesión de dichos terrenos, en los cuales tienen casas, y han tenido, que siempre han cultivado el terreno sin consentimiento de ninguna persona y que la iglesia tiene un potrero en este terreno cedido por los indios".

De esta suerte, o sea por lo que se afirma en las declaraciones citadas, ¿cómo no aceptar que con ellas se acredita la posesión pacífica y por treinta años de la Parcialidad, sobre el terreno a que tales declaraciones se refieren? Y aunque es cierto que los testigos, al aseverar que los indígenas tenían casas de habitación, sementeras y ganados en dicho terreno, no son lo suficientemente explícitos en cuanto al tiempo, ¿cómo no admitir que esa explotación económica comprendió todo el largo período de la posesión, ya que tratándose de indígenas su natural sustento deriva del aprovechamiento de la tierra?

Finalmente, esta Sala de la Corte está de acuerdo con lo expuesto por la de Casación Civil en su fallo de 25 de marzo de 1947, en los apartes que se dejan transcritos en el curso de esta providencia. Y ello no sólo por las razones que allí se dan, sino además por las siguientes: a) porque haciendo uso de la facultad concedida a los Gobernadores de Departamento por el artículo 41 de la ley 89 de 1890, para "dictar los reglamentos necesarios en desarrollo de esta ley y llenar los vacíos de la misma sin contravenir sus prescripciones", el Gobernador del Cauca dictó el Decre-

to N° 74 de 1898, que en su artículo 40 dispone, después de referirse al 12 de la ley: "Del mismo modo comprobará su derecho sobre el resguardo una parcialidad cuando haya perdido la tradición o los datos de la existencia de los títulos de propiedad"; b) porque en vista de esta disposición del Decreto reglamentario, resultaría hoy impropcedente restarle valor a las declaraciones presentadas por la Parcialidad de Indígenas de Puracé, ya que no aparece claro que con ella se contraría el artículo 12 de la ley 89, máxime si se tiene en cuenta que el espíritu general de dicha ley es de "protección, defensa y amparo de incapaces", como acertadamente lo anotó la Sala de Casación Civil; y c) porque habiendo aceptado el propio Congreso el Decreto reglamentario en cuestión, al decir en la ley 55 de 1948 que sus disposiciones no son aplicables a la Parcialidad de Indígenas de Quinchía, vendría a ser hasta cierto punto arbitrario desconocer ahora el texto del precitado artículo 40, como opuesto o contrario al 12 de la ley 89.

De todo lo cual se deduce que la Parcialidad de Puracé ha demostrado su propiedad sobre el terreno a que se refiere el hecho 1° de la demanda, que le pertenece a título de resguardo.

III

La propiedad de las minas del azufre

Conjuntamente con la propiedad del terreno, aspira también la Parcialidad a que se declare que le pertenecen los yacimientos de azufre dados en concesión por el Gobierno Nacional a la sociedad "Industrias Puracé S. A.", sobre cuya ubicación fueron terminantes los peritos Jorge Fernández R. y Alejandro Gómez.

En la inspección ocular se lee:

"El perito Fernández manifiesta por su parte que conoce los linderos tanto de la Parcialidad como de la concesión, y que por tal conocimiento afirma que estos últimos, es decir, los terrenos que abarcan la concesión, están comprendidos en su totalidad dentro de los linderos del Resguardo o Parcialidad de Indígenas de Puracé". (f. 11 v. del cuad. N° 2).

Y el perito tercero expresa en su dictamen:

"Estuve en todos los mojones de la concesión. Subí por los mojones números cinco (5), cuatro (4) y tres (3), localizados aproximadamente a 3600, 3800 y 4100 metros sobre el nivel del mar en su orden. El mojón más alto es el número tres

(3), situado en donde comienzan los arenales o terminan los pajonales. Localizado en este último mojón, y con vista en los otros dos anteriores, elaboré el croquis aproximado que acompaño. No cabe duda de que el rectángulo de la Concesión "Industrias Puracé S. A." está totalmente dentro de los linderos de la Parcialidad de Indígenas de Puracé. Efectivamente el peñón del páramo y el nacimiento de Aguas Blancas están a mayor altura y distancia que el mojón número tres (3) de la Concesión, que es el más alto". (f. 18 del cuad. N° 2).

Pero si en virtud de los anteriores conceptos periciales no puede remitirse a duda que las minas de azufre contratadas por el Gobierno están dentro del terreno de la Parcialidad de Puracé, ¿ha demostrado ésta, acaso, que tales minas o yacimientos también le pertezcan?

En cuanto al terreno, ya se ha visto que para la Corte es suficiente prueba de propiedad privada la posesión pacífica de la Parcialidad por treinta años, acreditada con las declaraciones de 1892; mas como el término de esa posesión sólo vino a consumarse en dicho año, según se desprende de los varios testimonios aducidos, no es posible aceptar que con el dominio del terreno se adquiriera a la vez el de las minas de azufre allí existentes, pues para entonces hacía bastante que estaba en vigor el artículo 1126 del Código Fiscal de 1873, que dispuso:

"Las minas de cobre, de hierro y otros metales no preciosos, las de azufre y demás no expresadas en este título, que se descubran en terrenos baldíos o de propiedad nacional, son también de la Unión, y sobre su explotación, arrendamiento, adjudicación, etc., se aplicarán las disposiciones análogas contenidas en los capítulos anteriores y en el Código de Fomento".

Y si es verdad que la prescripción adquisitiva (a la cual puede asimilarse el sistema de la ley 89 en relación con los resguardos de indígenas) opera retroactivamente, como se desprende de algunas disposiciones del Código Civil —por ejemplo, el artículo 1792, ordinal 1°— no es menos cierto que esa retroactividad no puede incidir válidamente sobre minas o yacimientos que, a tiempo en que se consumó la prescripción, ya habían sido objeto de reserva por la Nación y sólo podían explotarse mediante contratos o procedimientos especiales.

De otra parte, la Corte acoge los siguientes conceptos del Tribunal sentenciador, en relación con

algunos documentos adicionales presentados por la Parcialidad de Puracé:

"En el año de 1892 se protocolizaron también por escritura pública número 366 de 22 de mayo, las declaraciones de Manuel Manquillo, Antonio Torres y Joaquín Fernández, recibidas por el Juez del Distrito en 1874. Aluden esas declaraciones al arreglo llevado a cabo por escrito con el General Tomás C. de Mosquera, quien se obligó a respetar el lindero de "Agua Blanca" y que la Parcialidad venía poseyendo sesenta años atrás. En la escritura se inserta un documento suscrito por el General, en el cual promete respetar ese lindero "para evitar pleitos" y les promete hacer un arreglo formal sobre las tierras de Anambío o Aguas Blancas para el Resguardo.

"Pero estas diligencias no pueden constituir en realidad un título eficiente para acreditar el dominio de la Parcialidad sobre las tierras del Resguardo, pues los declarantes no mencionan siquiera los linderos de la Parcialidad y porque frente al Estado la declaración del General Mosquera no puede perjudicar la reserva nacional minera, por ser la declaración de un particular. Y aquí se repite que no se trata de discutir el dominio de la Parcialidad respecto de la superficie de las tierras del Resguardo y que fue adquirido legalmente con posterioridad al año de 1873, sino que como la reserva minera fue hecha en ese año, el título posterior formalizado legalmente no puede afectar dicha reserva".

IV

Restitución y perjuicios

Consta de autos que en los terrenos a que se refiere la concesión de azufre dada por el Gobierno Nacional a "Industrias Puracé S. A.", esta compañía ha venido ejecutando trabajos de exploración y explotación de tales yacimientos. Así lo reconoció su propio apoderado al contestar la demanda (f. 75 v. del cuad. N° 1), y así quedó establecido en el curso de la inspección ocular que se llevó a cabo en la primera instancia (f. 11 v. del cuad. N° 2).

Con todo, la Corte no puede acceder a la restitución del terreno pedida por la parte demandante, pues siendo las minas de azufre que allí existen de propiedad nacional y habiéndolas dado el Gobierno en concesión, a ello se oponen claras disposiciones de carácter especial, que le dan prevalencia a la propiedad de las minas sobre la propiedad del terreno, a fin de que aquéllas

puedan explotarse. A este respecto son pertinentes por analogía, en cuanto a la explotación de los yacimientos de azufre, las disposiciones de los Capítulos XII y XIII del Código de Minas, sobre "servidumbres establecidas en favor de las minas" e "indemnizaciones a que son obligados los mineros"; fuera de que el Decreto N° 0805 de 1947, si bien es posterior al contrato celebrado por el Gobierno con "Industrias Puracé S. A.", establece en sus artículos 112 y 113, refiriéndose a la prospección, exploración y explotación de minas como las de azufre, que el dueño del terreno **no podrá oponerse** a estos trabajos, en ningún caso, "pero sí hacerse pagar del minero el valor de los perjuicios que se le ocasionen".

En estas condiciones, dentro del presente juicio sólo habrá de condenarse a "Industrias Puracé S. A." a pagar a la Parcialidad demandante los perjuicios que aquí aparecen comprobados, que según los peritos principales ascienden a la suma de cuatrocientos pesos (\$ 400.00).

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar RESUELVE:

Primero. Declárase que la Parcialidad de Indígenas de Puracé es dueña del terreno a que se refiere la petición primera de su demanda, el cual hace parte de otro de mayor extensión que le pertenece a título de resguardo, conforme a las declaraciones de 1892 de que se ha hecho mérito en esta providencia; pero no se hace la declaración pedida en cuanto a las minas de azufre existentes en dicho terreno, por ser de propiedad nacional.

Segundo. Niéganse las declaraciones o condenaciones a que se refieren las peticiones segunda, tercera y cuarta de la demanda de la Parcialidad de Indígenas de Puracé.

Tercero. Condénase a la sociedad "Industrias Puracé S. A." a pagar a la Parcialidad de Indígenas de Puracé la suma de cuatrocientos pesos (\$ 400.00), por concepto de los perjuicios de que se ha hablado en este proveído.

Cuarto. No hay lugar a condenar en costas a "Industrias Puracé S. A."

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

OPOSICIONES A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS DE PROPIEDAD NACIONAL — NECESIDAD DE QUE LOS TERRENOS SE HALLEN IDENTIFICADOS, PARA QUE PROSPERE LA OPOSICION

No estando acreditada la identificación de los terrenos materia de este juicio no sólo en cuanto a los linderos del último registro sino también conforme a las demarcaciones hechas en los títulos anteriores a 1873, la Sala se considera relevada de entrar en el estudio acerca de la validez de estos últimos, toda vez que no habiéndose demostrado que tales títulos tienen base real y verdadera, comprobable plenamente sobre la cosa que en ellos se relaciona como propiedad particular, es inútil ocuparse del aspecto de su validez legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiseis de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

El señor Hendry Stuart Mackenzie Burns, en su carácter de Gerente de la "Compañía de Petróleos Las Cumbres de Colombia", Sociedad Anónima domiciliada en Bogotá, de nacionalidad colombiana, se dirigió al Ministerio de Minas y Petróleos en memorial de 27 de agosto de 1943 en solicitud de la celebración de un contrato sobre exploración de petróleo que estima de propiedad nacional en un lote situado en el Departamento de Bolívar, jurisdicción de los Municipios de Magangué (Corregimientos de Buenavista y Juan Arias), Corozal, San Pedro y Sincé, de una extensión de 50.000 hectáreas y comprendido dentro de los siguientes límites:

"El punto de referencia de la alinderación lo constituye la torre de la Iglesia de Buenavista cuyas coordenadas geográficas determinadas por la Oficina de Longitudes son: longitud $9^{\circ} 19' 12''$ N. y latitud $0^{\circ} 54' 07''$ W. de Bogotá.

"El punto de partida 'A' de la alinderación está situado sobre el lindero occidental de la propuesta presentada por la Compañía de Petróleos La Rosa de Colombia, a una distancia de 1250 metros de la torre de la Iglesia, siendo el azimut de la línea 'Iglesia 'A' de $117^{\circ} 00' 00''$.

"De 'A' se sigue una línea recta que coincide en su primera parte con el lindero occidental de la propuesta de la Compañía de Petróleo La Rosa de Colombia, hasta llegar al punto 'B'. La recta A-B tiene una longitud de 10.980 metros y un azimut de $27^{\circ} 00' 00''$.

"De 'B' se sigue una recta de 25.000 metros de longitud, con un azimut de $297^{\circ} 00' 00''$ hasta llegar al punto "C".

"De 'C' se sigue una recta de 20.000 metros de longitud con un azimut de $117^{\circ} 00' 00''$ hasta llegar al punto "E".

Dicho punto "E" es el vértice "C" de la propuesta ya mencionada de la Compañía de Petróleo La Rosa de Colombia.

"De 'E' se sigue por el lindero occidental de dicha propuesta de la Compañía de Petróleo La Rosa de Colombia, por una distancia de 9020 metros y con un azimut de $27^{\circ} 00' 00''$, hasta llegar al punto de partida 'A' de la alinderación.

"Todos los azimutes mencionados se refieren al meridiano verdadero y se cuentan del N. al E".

Dentro de la tramitación administrativa de esta propuesta, los señores Gonzalo y Alfonso Botero, José, David, Rodolfo y Juan Déjer, Antonio Mogollón (en representación legal de su hijo Silvio Tulio Mogollón) y Mariano Mejía G., mediante sus respectivos apoderados, se opusieron a la adjudicación del contrato de concesión solicitado, afirmando que son dueños del subsuelo de gran parte de los terrenos comprendidos dentro del globo de la propuesta, en virtud de títulos emanados de la Corona Española, siendo hoy ellos propietarios inscritos de aquellas tierras.

Previo el estudio técnico de la titulación acompañada a cada una de las mencionadas oposiciones, el Ministerio de Minas y Petróleos, en cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 5º de la Ley 160 de 1936, ordenó remitir a esta Sala de la Corte Suprema de Justicia el expediente, cuya propuesta quedó marcada con el Nº 174.

Cumplidas todas las ritualidades propias del juicio breve y sumario en esta Sala, se pasa a resolver de acuerdo con el siguiente estudio de la documentación de autos.

Oposición de Mariano Mejía

Este opositor se expresa así en su memorial de 3 de julio de 1944:

"Soy propietario de una porción de terreno cultivada de pastos artificiales, cercada de alambre de púas, con casas de habitación, denominada en su conjunto 'EL EDEN', ubicada en el distrito de San Pedro (B.), situada en los terrenos llamados, vulgarmente 'Arrietanos', que fue de la Sociedad que giró bajo la razón social de 'Mariano Mejía & Compañía S. A.' y que en la liquidación de dicha sociedad me fue adjudicada como consta en la escritura número 218, otorgada en la Notaría cuarta (4ª) del Circuito de Bogotá el día 25 de enero de 1941, que en copia debidamente registrada acompaño al presente memorial.

"Como la porción de terreno a que aludo junto con la comprada posteriormente al señor Luciano Gamarra, por escritura número 218 otorgada en la Notaría de esta ciudad de Magangué, el día 1º de octubre de 1942 y la comprada a J. María Rodríguez A. forman mi potrero 'EL EDEN', queda comprendido dentro de los linderos fijados por la Resolución emanada de ese Despacho de fecha 18 de abril del corriente año recaída a la solicitud hecha por la 'Compañía de Petróleo Rosa de Colombia' (el Ministerio aceptó posteriormente tratarse de un lapsus del memorialista) para explorar con perforación la zona de terreno a que se refiere la Resolución mencionada, ocurro a su señoría en mi propio nombre, por medio del presente escrito, para oponerme como me opongo a que se incluya en el contrato que ha de celebrar la citada compañía con el Gobierno, la porción de terreno que forma hoy el potrero de mi propiedad denominado "EL EDEN".

"Son fundamentos de mi oposición:

"El terreno llamado 'Las Llanadas', donde se encuentra fomentado mi potrero 'EL EDEN', que vulgarmente se le dice ARRIETANOS, procede de un título realengo que acompaño, constante de cuatro hojas de papel sellado escritas y registrado en la Oficina de Registro del Circuito de Sincé, bajo el número 246, folios 89 al 98 del Tomo 3º del Libro de registro número 1º, el día 5 de diciembre del año de 1942, cuyo terreno salió del patrimonio del Estado con anterioridad al año de 1821 y no ha vuelto a él su dominio por caducidad, nulidad o por cualquiera otra circunstancia y esa zona ha venido poseída continua, real y efectiva por mis antecesores, donde sin interrup-

ción se han venido ejerciendo actos de dominio sin limitación alguna y sin reconocer al Estado como dueño de ellos, como lo demuestra la transferencia sucesiva del dominio en ese terreno, contenida en los certificados del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Sincé que acompaño también a este memorial".

La escritura N° 234 de la Notaría del Circuito de Magangué a que alude el opositor da cuenta de la protocolización de la copia del registro que de acuerdo con la Ley 10 de octubre de 1867 del Estado Soberano de Bolívar, se hizo el 18 de diciembre del mismo año, a solicitud de Joaquín Arrieta, del título testimoniado cuya compulsu solicitó José Paulino Badel, en 31 de marzo de 1849, ante el Juez Letrado del Circuito. De dicha copia aparece que el doctor José de Mier, Alcalde Ordinario más antiguo de la Villa de Santa Cruz de Mompo, y Juez subdelegado para composiciones de tierras por el Licenciado doctor José de Quintana y Acebedo, del Consejo de su Majestad, Alcalde de Corte de la Real Audiencia y Juez Privativo de Causas de tierras y sus composiciones, decretó el 1º de septiembre de 1728 que se admitiese la solicitud del capitán Pedro Rico para la composición de 12 caballerías de tierras que adquirió por herencia de su difunto padre Pedro Rico, y se le despachase el correspondiente título, ya que, según lo alega el peticionario, los títulos que recibió de su causahabiente se extraviaron. Del decreto expedido por el nombrado doctor de Mier aparece también que de acuerdo con los testimonios por él recibidos al capitán Juan Jiménez de la Fuente, don Eugenio Jurado y al capitán Francisco de Chacón, las expresadas doce caballerías de tierra "fueron antecedentemente del señor Licenciado don Sebastián Jiménez, quien tenía títulos de ellas, y después hizo donación al capitán Pedro Rico, difunto, con la entrega de otros títulos, y por muerte de éste, recayeron en el Capitán Pedro Rico como su hijo legítimo y heredero a quien se las adjudicó la Real Audiencia Justicia de la Villa de Santa Cruz de Mompo, en 4 de septiembre de 1728". Consta así mismo que el peticionario Pedro Rico pagó los derechos correspondientes, y que el título le fue expedido con inserción de las Reales Cédulas vigentes en aquella fecha.

Según este mismo título, en 27 de abril de 1737 Pedro Rico vendió ocho (8) caballerías de las 12 que tenía al señor Antonio Rico, su compadre, cuya escritura de venta otorgó ante Francisco Ruiz

Pérez, Escribano Teniente de Cabildo. Antonio Rico solicitó a su turno, la posesión judicial de once caballerías, incluidas las ocho (8) adquiridas de Pedro Rico, solicitud a la cual accedió el Alcalde y fuero, Notario de la Santa Cruzada don Juan Francisco, el 10 de abril de 1739, cumpliéndose dicha diligencia ante los testigos José Raigado Español, Juan de Gálvez, Vicente García, Juan de Dios García y Francisco Assa, "todos habitantes en sitio de Tacamocho y Centén".

Finalmente, consta de dicho protocolo, que José Paulino Badel, en representación de su padre Vicente Badel, otorgó escritura de venta el 19 de mayo de 1860 ante el Notario Público de la Provincia de Corozal, a favor de Joaquín Arrieta, de siete (7) caballerías de tierras "en las denominadas "Las Llanadas", de las ocho de que consta el título cuyo derecho a la una caballería se reserva para los usos que puedan convenirle debiendo serle en el lugar que le fuere conveniente, con expresión de que dichas tierras se componen de pastos de sabanas y montes de Pan Cojer, que pertenecen a su poderdante por compra que de ellas hizo a los herederos del finado Pastor Gamarra, según escritura de 23 de diciembre de 1844. A continuación consta que el 27 de septiembre de 1862, José Paulino Badel vende a Joaquín Arrieta la caballería que se había reservado en la venta anterior al mismo señor Arrieta, "cuyas tierras están situadas en las nombradas Buenavistas, en el punto denominado Las Llanadas, jurisdicción de este Distrito de Sincé, compuestas de Sabanas y montes de Pan Cojer, teniendo dichos terrenos por linderos los siguientes: "Principiando desde el Rodeo del Manglar, corriendo hacia las sabanas del Valle del Diablo buscando el monte de Constanza, y de ahí subiendo a buscar las sabanas de Soplabollos hasta las sabanetas de Juan Gordo, y de ahí subiendo al monte Membrillar a salir a sabana Nueva por el Monte Gallinazo y de Sabana Nueva al rincón de la Vereda hasta volver a dicho Rodeo del Manglar con las Sabanas de Las Llanadas, Sabana Nueva y sus Rincones".

Este título aparece debidamente registrado.

Los demás títulos acompañados a la oposición son los siguientes:

a) Copia de la escritura N° 218 de 25 de enero de 1941, pasada en la Notaría 4ª de este Circuito, sobre liquidación de la sociedad "Mariano Mejía & Cía. S. A."

b) Certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos de Sincé, en el cual están relacionadas las distintas y sucesivas transferencias

de dominio de los terrenos conocidos con los nombres de "El Edén" y "El Coco". Respecto de los predios primeramente nombrados, la tradición se remonta hasta la venta que José Paulino Badel hizo a Joaquín Arrieta, anotada anteriormente, y respecto de los segundos, la adjudicación que se hizo a Juana Arrieta de Rodríguez en el juicio de sucesión de su padre Joaquín Arrieta, protocolizado en 1894 en la Notaría de Corozal.

• Oposición de Gonzalo y Alfonso Botero

Estos señores reclaman la propiedad particular del subsuelo y petróleos en un lote de terreno denominado "Vallemaria", de 2598 hectáreas, ubicado en los municipios de Magangué, Tetón (hoy Córdoba) y El Carmen del Departamento de Bolívar, comprendido dentro de la propuesta en referencia, en virtud de título emanado del Estado con anterioridad al año de 1873, y encerrado dentro de estos linderos:

"Por un lado, por el camino que conduce del Corregimiento de Juan Arias al de la Pascuala, distrito de Magangué; por otro lado, con posesiones de los señores Nicanor Turizc, Epifanio Díaz, Ventura Almanza y Quiterio Reales y el camino de Tacamocho hasta la Sabaneta; por otro punto, con fincas de los señores Andrés Correa, Octavio Aguilera, José García, Maximiliano Cabarcas, Blas Cerro y el camino que conduce del corregimiento de Buenavista (B) distrito de San Pedro (B) y Tacamocho, municipio del Carmen de Bolívar".

Como títulos originarios del Estado, anteriores a la reserva de 1873, los opositores Botero aducen los siguientes:

1º La escritura N° 234 de 30 de octubre de 1942 otorgada en la Notaría de Magangué, por la cual se protocolizan los títulos antiguos de los terrenos de Juan Arias que fueron adjudicados al capitán Pedro Rico, analizados en el aparte anterior.

2º—La escritura pública N° 155 de 29 de febrero de 1944, de la Notaría Primera de Cartagena, por la cual Diógenes Arrieta A. hizo protocolización de otros títulos antiguos relacionados con los terrenos de Juan Arias, Juan Gordo, Sabaneta del Valle del Diablo, Soplabollos, y otro. Consta en este protocolo lo siguiente:

a) Después de una primera hoja destruida, aparece una declaración firmada por Pedro Rico en la cual éste expresa que ha vendido a su hermano Antonio Rico en cantidad de setenta y cinco pesos que tiene recibidos, diez caballerías de tierras por tenerlas éste ocupadas con ganados, declaración suscrita en el sitio de Cascajal el 10 de enero de 1714.

b) Auto del Licenciado don Eusebio Sánchez Pareja del Consejo de S. M., su Oydor honorario de la Real Audiencia de Santo Domingo en la Isla Española, Teniente de Gobernador y Auditor de Guerra de la ciudad de Cartagena, Juez Privativo de Rentas y Composiciones de tierras, fechado en Mompox el 23 de octubre de 1752, por el cual se previene al capitán Antonio Rico "poseedor de las tierras aquí contenidas como de las demás que se halla poseyendo" ocurra a obtener la real confirmación dentro del término prevenido para las encomiendas.

c) Merced de las cuatro caballerías de tierras a don Esteban Ignacio de Lora, hecha por el Cabildo de Cartagena el 21 de noviembre de 1680, previo estudio del proceso que se siguió en torno de la solicitud de dicha merced, e inserción del avalúo de las tierras. En lo pertinente dice así el acta del Ayuntamiento: "En cui conformidad y usando de la facultad que S. M. que Dios Guarde mos Concede acordamos despachar el presente por el cual hacemos merced de las cuatro Caballerías de tierra referidas lindando con el camino que ba a Tacasoluma y con las de dho. Capitán Pedro de Viles por la parte del Tetón según y de la manera y en la parte y lugar que ba declarada en este al dho. Esteban Ignacio de Lorca...".

d) Diligencia de posesión, cumplida el 17 de enero de 1682, en la cual actuó como comisionado del Cabildo de Cartagena el señor Miguel Ortiz Galindo, y don Cristóbal de Hospino y Beserra en su calidad de apoderado del adjudicatario Esteban Ignacio de Lora o Lorca. Dicha diligencia reza: "...le coxi por la mano al dho. capn, dn. Christobal del Hospino Bezerra y le metí en las dhas. Tierras y le dí posesión actual corporal belquasi de las dhas quatro caballerías de tierras que corren de este dho. sitio (San Andrés del Lamedero) las dos hasta los linderos de las tierras del capitán Pedro de Viles para abajo y las otras dos corren para arriba asia la Voca del monte por el camino de las Savanas de Tacasoluma...".

e) Consta a continuación que la copia de este título fue expedida el 28 de noviembre de 1737 a don Antonio Rico, a solicitud de su apoderado Baltazar de Figueroa, por el escribano público de Gobernación de Cartagena Francisco Ochoa Montao.

Prevención a don Antonio Rico, ordenada por don Eusebio Sánchez Pareja, Teniente de Gobernación y Juez Privativo de Rentas y composiciones, para que como "poseedor de las tierras aquí contenidas y para el goze de ellas y de las demás

con que se halla hasta el número de veinte y seis ocurra a sacar Real confirmación de S. M. dentro del término señalado". El auto es de 23 de octubre de 1752.

f) Poder general conferido por don Juan Toribio de Herrera Leyva y su esposa doña María Merced de la Rocha y La Varses a don Pablo Mejía, con fecha 9 de agosto de 1732.

g) Decreto de adjudicación de todos los bienes de la sucesión de doña Isabel de La Varses y Pando viuda del capitán don Cristóbal de Hospino y Bezerra a doña María Merced de la Rocha La Varses como única y universal heredera.

h) Venta que Pablo Mejía hace a Antonio Rico de cuatro caballerías de tierra "que están en el sitio que llaman la Voca del monte de Constantza Renta que el camino va a las Savanas de Tacasoluma lindando con tierras que fueron de Pedro de Vides en el Tetón de las quales el muy ilustre Cavildo Justicia y Reximiento de esta ciudad en veinte y uno de Nvbre. de el año pasado de mil seiscientos y ochenta hizo merced a Esteban Ignacio de Lorca". Esta venta la hace Mejía en virtud del poder general anterior, declarando que las expresadas cuatro caballerías de tierra las heredó don Cristóbal del Hospino y Beserra de Esteban Ignacio de Lora o Lorca, y que luego vinieron a recaer en doña Isabel de La Varses y Pando como heredera de aquél, habiendo ésta hecho donación de todos sus bienes a doña María Merced de La Rocha y La Varses en el testamento cerrado a que alude el decreto citado en el punto anterior. El título correspondiente a esta venta lleva fecha 28 de noviembre de 1737, y fue otorgado en Cartagena ante el escribano público de Gobernación don Francisco Ochoa Montaos. A continuación va inserta la prevención a que hace referencia el punto b) de esta relación.

En seguida el auto por el cual se dispone dar posesión a don Antonio Rico de las cuatro caballerías de tierra adquiridas por medio del título anterior, la tramitación de la comisión por don Juan Francisco, Alcalde y fuero de la Villa de Mompox, y finalmente la diligencia de posesión, efectuada en 18 de abril de 1739, "en el sitio que llaman de San Andrés, jurisdicción de la ciudad de Cartagena", "y quedó entrado en la posesión de las quatro caballerías de tierra según y en la manera rezita la compra que de ellas hizo por el horn de la posesion que consta inserta se le dio y tomo Dn. Christobal del Hospino Bezerra". Sigue a esta constancia el auto por medio del cual se previene al nombrado Antonio Rico

para que proceda a obtener la confirmación del título en referencia, auto que lleva fecha 23 de octubre de 1750.

i) Título de Cosme González de una caballería de tierra de sabana y pasto de ganado vacuno "que linda desde la boca del monte de Savana nueva corriendo hasta las del Río de Cauca y sitio que llaman de los Jiménez por el camino real que va a dar al de la buena Vista por donde llaman los muertos hasta topar con el arroyo de Buena Vista perteneciente al Real Patrimonio de S. M. que según la distancia y lo que sobre de él se hallaba informado comprendería una cavallería...". El título se le expidió mediante remate efectuado en la Villa de Mompo el 24 de marzo de 1725 por don Joseph de Mier, Regidor interino de primer voto y Juez subdelegado de tierras, en virtud de comisión que le confirió don Joseph de Quintana y Acevedo, del Consejo de su Magestad, su Oydor y Alcalde de Corte de la Real Audiencia y Juez Privativo de Tierras, y lleva insertas las reales cédulas pertinentes.

j) Cosme González, en 23 de noviembre de 1740 cedió al capitán Antonio Rico el título de la caballería de tierra a que se contrae el punto anterior. A continuación un auto del Teniente de Gobernación y Auditor de Guerra de la ciudad de Cartagena, don Eusebio Sánchez Pareja, fechado el 23 de octubre de 1752, por medio del cual se ordena al capitán Antonio Rico proceda a obtener la real confirmación "de las tierras aquí contenidas...".

k) Vienen en seguida las diligencias adelantadas ante el Alcalde Ordinario de la Villa de Santa Cruz de Mompo, don José de Mier, por el capitán Pedro Rico sobre composición de 12 caballerías de tierras que dice heredó de su padre el capitán Pedro Rico, cuyos linderos señala así: "...empezando desde el Rodeo de Manglar corriendo a las savanetas del Valle del Diablo buscando el monte de Constanza y de ay subiendo a buscar las savanetas de Soplabollos hasta las savanetas de Juan Gordo y de ay al monte de Membrillar a salir a Savana Nueva por el monte de Gallinazo y de Sava. nus. rincón (así está) de la Vereda hasta volver a dho. Rodeo del Manglar que ay ocho caballerías de tierra de pan llevar y por la una frente son savanas donde pastan y abrevan mis ganados y los de mi hermano Antonio Rico y las otras quatro Cavallerías del Sitio del Paxayal que lindan por la parte de arriba con tierras de los Yndios de Tacaloe y por la de abajo con la aguada Viva de las Manguillas-Bonito-

Lindero de las Tierras de Da. Ysabel de Lavarzes por la frente Sienegas y Playones y por la ccla con el Rodeo del Manglar a buscar el monte de Constanza...".

Estas diligencias, relacionadas como están en la escritura de protocolización número 234 de la Notaría de Magangué de que se habló al principio, incluyen el auto dictado por el expresado Alcalde Ordinario, de fecha 4 de septiembre de 1728, en el cual se dice: "...sin embargo de ser pasado el término asignado por dhas. composiciones y que por ello devieran declararse por realengas dhas. Tierras y como tal sacarse a venta y pregn. no obstante atendiendo a los motivos que representan sobre la pérdida de dhos. Títulos y a que la Realmente de S. M. (Dios le Gue.) no permite que sus vasallos pierdan la Lexitimazion o dro. que tubieren a los vienes adquiridos le havia he hubo por admitida dha. composizion y vino el sobre dho. en pagar por razón de ella siento y veinte patacones que es lo correspondiente a dhas. doze cavallerías de tierra...".

La copia continúa con la inserción de las Reales Cédulas y de las constancias de la expedición del título el día 7 de septiembre de 1728 por el Alcalde Ordinario don José de Mier y el Escribano Francisco Ruiz Pérez.

1) Venta de Pedro Rico a Antonio Rico de ocho (8) caballerías de tierra "de las doze mencionadas que siguen desde el Rodeo del Manglar corriendo a buscar la Savaneta del Valle del Diablo y de ay el camino de Constanza y Soplabollos a buscar también a lo de Juan Gordo y corriendo para arriba a buscar a Membrillar y el monte que llaman de Savana Nueva a buscar el Rincón de la Vereda volviendo a toparse al Rodeo de el Manglar con las Savanas de la llamada Savana nueva y sus Rincones Corral Viejo y portugueses que son pastos y abrebaderos de mi ganado...". Antecede a este título la solicitud hecha por Antonio Rico para el amparo y medición de las expresadas ocho caballerías, y se halla fechado en Mompo el 27 de abril de 1737.

Prosigue esta copia con el poder que Antonio Rico otorgó a don Bartolomé de Espinosa para solicitar la adjudicación o merced de tres (3) caballerías de tierras de sabana "que son la que llaman Nueva y sus Rincones Corral Viejo y Portugueses sitios y parajes en que havitan y pastan sus ganados bacunos y cavallar y serduno como así mismo las cinco cavallerías de tierra que confinan dhas. savanas y corren desde la boca del monte del Paxajal Maglar que corre al arroyo

Arenal camino de Constanza Soplabollos y Zayal que todas componen ocho caballerías de tierra monte y savana...”.

Aparece en seguida una petición de Antonio Rico al Alcalde Ordinario de Mompox para que se le dé posesión de las ocho caballerías de tierra que adquirió de Pedro Rico, y la elevada al mismo funcionario para solicitar asimismo la posesión de once (11) caballerías “que por mías tengo y constan de los instrumentos que presento”.

La solicitud fue despachada favorablemente, y la diligencia de posesión se llevó a efecto en el sitio del Cascajal, “jurisdicción de la Villa de Mompox” el 10 de abril de 1739. En ella se lee: “...y teniendo los ynstrumentos. en la mano con vista de ellos y enterado de los Sitios parajes y tierras que denominan y me impusieron en ellas dhos. testigos las qe. cruze y camine con el dho. Antonio Rico llevándolo por la mano y paseándolo y haziéndolo que arrancase y cortase ramas y palos y no habiéndose ofrezido como no se ofrezio oposición alguna ledi posesion de las dhas. tierras que dan prinzipio en el Rodeo de dho. Manglar y lindan por el camino que ba para el Paxaral con las del Capn. Pedro Rico y por la frente camino Real de dho. Pajaral en medio que quedo desembarazo para el trafico de las xentes con las del dho. Antonio Ximenes corriendo con este deslinde las de dho. Ximenes hasta el arroyo de perucho paso Rl. de el y desde allí adelante, quedando siempre el camino Real desvaratado que sirva de amojonamiento a las que constan de estos autos de dho. Antonio Rico dando prinzipio nuebamente tierras propias de dho. Pedro Rico hasta el paso del arroyo de la peña haziendo atraviese el camino Real referido siguiendo hasta el Rincon de Gallinazo siguiendo el Lindero de dho. Pedro Rico y puestos ya en dho. Rincon de Gallinazo en que quedo ynclusa Savana nueva y su Monte Juan Arias y demas Rincones pasando a membrillar para Juan Gordo quedando en el camino de dha. posesión la llamada y dando bueltas a Soplabollos y arenal Savanetas del Valle del Diablo a topar con dho. Manglar dexando en los parajes mas Publicos Barias Señales de Mojones...”.

11) Venta que don Juan Nicolás de Leguiz hace a Pedro de Arrieta de siete caballerías de tierras de diez “que el Cavildo Justicia y Reximientto de la Villa de Santiago de Tolú hizo mrd. de ellas al capitán Andrés Ximenes de la Fuente el día dos de el mes de Henero de el año de mil seiscientos y treinta y ocho años. Las quales hubo por

vienes Hereditarios el Capn. Antonio Ximenez de la Fuente mi Sor. y Suegro... las quales dichas diez cavallerias de Tierra estan sus linderos en la Montaña dho. sitio de Juan Gordo lindando por la una parte a las Savanas donde tuvo fundado hatto don Diego de Carvajal y por la otra parte a lindar con tierras del capitán Alonso de Mesa que lindan con las savanas de oropesa...”. Este título fue pasado ante testigos en Sincé, el 15 de junio de 1733.

El comprador Arrieta solicitó al Alcalde Ordinario de San Benito Abad se le diese la posesión judicial de las expregadas siete caballerías, y así se ordenó en auto de 14 de diciembre de 1734. La diligencia de posesión fue ejecutada por don José de la Rosa Jiménez el 20 de diciembre de 1734.

Dos días después se dio comienzo a la medición ordenada, la que concluyó el comisionado el 16 de diciembre de 1735. Dicen así las actas en lo pertinente:

“...Se comenzó a medir desde una Savaneta ymediata al camino Real del Sitio de Sinze en donde se hizo esquina y se prosiguió con la medida de la primer frente que se le dieron de largo sinquenta cabullas de a sien baras qe es lo que ocupan las diez cavallerías de tierra deque resa el titulo que tengo presente entrando en ellas las tres pertenezientes a Manuel Navarro como Marido y conjunta persona de Anta. Ximénez hija legítima y cobheredera de Antonio Ximenez Con lo qual se fenezio la medida de la primer frente...”.

“...Se midieron oy dho. Día treinta y sinco Cabullas de Asyen baras pertenezen a Pedro de Arrieta Reservando Las tres Pertenezientes a Manuel Navarro que son quinze cabullas aviendo asistido a dha. medida el dho. Pedro de Arrieta...”.

“...Y se comenzo a medir desde donde hizo esquina la medida hayer catorze del corriente y se midieron sinquenta cabullas de a sien baras que es lo que ocupan las diez Caballerías de tierra de Donde se separan las tres Cavallerías pertenezientes a Manuel Navarro...”.

“...Y se cojio el Rumbo y se comenzo a medir desde donde hizo esquina la tercera frente y se midieron las treinta y sinco cabullas de a sien Baras con lo qual se fenezio la medida de las siete Cavallerías de tierra del Referido Pedro de Arrieta...”.

m) Don Pedro de Arrieta otorgó escritura de venta el 2 de agosto de 1747 a favor de Antonio Rico de las siete caballerías de tierra referidas

"en la montaña de dho. Sitio de Juan Gordo Lindando por la dha. parte a las Savanas donde tubo fundado su hato Dn. Diego de Carbajal y por la otra parte con las tierras del Capitán Alonso de Mesa, que lindan con las Savanas de oropesa estando incorporadas a estas dhas. siete cavallerías de Tierra tres que son pertenecientes a Dn. Joseph de la Rosa Ximenez y a Da. Antonia Ximenez mujer Lexitima de Manuel Jph. Navarro...".

En esta escritura se halla inserta la marced de tierra hecha por el Cabildo de Tolú a don Andrés Jiménez de la Fuente a que alude el vendedor Nicolás de Leguia, tal como se expresa en el punto anterior.

n) Antonio Jiménez de la Fuente solicitó al Alcalde Ordinario de San Benito Abad se le expidiese copia del título de la merced de tierras que le otorgó el Cabildo de Tolú a su padre Andrés Jiménez, copia que se ordenó compulsar, y corresponde a las diez caballerías de tierras" en los montes que llaman de Juan Gordo", mencionadas en el punto anterior.

ñ) Certificación del Escribano de Gobernación de la ciudad de Cartagena, don Luis Castellón, fechada el 20 de octubre de 1738, en la cual consta que el Teniente de Gobernación y Auditor de Guerra de Cartagena, don Juan Bautista Beaumonde Tavoada, en su carácter de Juez privativo de tierras y composiciones dio decreto de posesión y propiedad a José de la Rosa Jiménez y a su esposa María Manuela Barlanoba sobre diez y seis caballerías de tierras "en los montes de Juan Gordo y Sinze..." de acuerdo con documentos presentados por los interesados.

o) Aparece en seguida la prevención hecha a Antonio Rico para que ocurra a obtener la confirmación de las tierras "aquí contenidas".

p) Escritura de venta de caballería y medida de tierra otorgada por Antonia Jiménez a favor de José de la Rosa Jiménez el 2 de agosto de 1747, terrenos que según la escritura es de "tierra de pan llevar que están mancomunadas y situadas contra caballería y medida del dho. nro. hermano lindando con siete caballerías de tierras que tenía y poseía Pedro de Arrieta nro. cuñado y que oy son del capitán Antonio Rico...".

q) Escritura de venta de tres cavallerías de tierra hecha por José de la Rosa Jiménez a favor del Capitán Antonio Rico, que hacen parte de las diez caballerías de tierra de que hizo merced a Andrés Jiménez de la Fuente el Cabildo de San-

tiago de Tolú el 2 de enero de 1738. (Anteriormente se vio que la fecha de esa merced fue la del 2 de enero de 1638).

3º—Escritura No 959 de 30 de septiembre de 1942, por la cual Manuel María Torres V. vende a los señores Alfonso y Gonzalo Botero G. el potrero del "Valle María".

4º—Escritura No 212 de la Notaría de Sincelejo, fechada el 18 de julio de 1941, por la cual el señor Rogelio A. Támara dá en venta a Manuel María Torres el mencionado potrero de Vallemaría.

5º—Escritura No 111 otorgada el 13 de mayo de 1940 ante el Notario Público de Sincelejo, por el cual Manuel M. Torres V. vende a Rogelio A. Támara con pacto de retroventa, el potrero de Vallemaría.

6º—Escritura No 158 de la Notaría de Magangué, de fecha 24 de octubre de 1923, por la cual el Pbro. Mariano Rodríguez vende a Tomás A. Torres el mencionado potrero.

7º—Escritura No 19 de la Notaría de Sincé, otorgada el 17 de febrero de 1922 por medio de la cual Juan B. Espinosa U. representante de "J. B. Espinosa Hermanos" vende al Pbro. Mariano Rodríguez el mismo potrero.

8º—Escritura No 18 de 18 de febrero de 1924, de la Notaría de Magangué, por la cual el señor Manuel Espinosa Romero, en representación de J. B. Espinosa Hermanos" de Sincé, vende a Tomás de Andrés Torres media caballería de tierra del globo denominado "Juan Arias".

9º—Escritura No 184 de 19 de agosto de 1920, de la Notaría de Magangué, por medio de la cual Narcisca Pinedo de Turizo vende a Tomás de Andrés Torres nueve fanegas de tierra en el globo de "Buenavista Llanada y Juan Arias".

10º—Escritura No 199 de 30 de diciembre de 1914, de la Notaría de Magangué, por la cual Joaquín Barreto vende a Juan Bautista Espinosa Hermanos un potrero ubicado en el Corregimiento de La Pascuala.

11º—Escritura No 69 de la Notaría de Magangué, fechada el 20 de abril de 1915, por la cual Teodoro Barreto vende a Juan B. Espinosa Hermanos "una faja de yerba guinea cercada de alambrado de púas y por dos lados y los otros sin cerca ubicados en terrenos de La Pascuala".

12º—Escritura No 128 de 21 de septiembre de 1914, de la Notaría de Magangué, por la cual Eustacia Romero vende a Tomás de Andrés treinta (30) fanegas de terreno de cuarenta que tenía dentro de las dos caballerías de tierras que su es-

poso Miguel Arrieta poseía en los globos de Buenavista, Llanadas y Juan Arias.

13º—Escritura Nº 188 de la Notaría de Magangué, de fecha 21 de noviembre de 1913, por la cual Marcial Vuñas Paniza vende a "Juan Bautista Espinosa Hermanos" el potrero denominado "El Pilón", y la acción de terrenos que tiene en los nombrados "San Vicente" y "San Cayetano de la Iglesia de Tacamocho".

14º—Escritura Nº 226 de la Notaría de Corozal, de 16 de abril de 1941, en la cual consta la hijuela de Eustacia Romero de Arrieta, en la cual se le adjudicaron cuarenta y una (41) fanegadas de las 12 caballerías de tierras en los globos de Buenavista, Llanadas y Juan Arias. (Juicio de sucesión de Miguel Arrieta).

15º—Escritura Nº 153 fechada el 11 de septiembre de 1905, de la Notaría de Sincé, por medio de la cual la señora Sandiego R. de Arrieta y sus hijos Cenón, Juan Antonio, Pedro, Enrique y Ester Arrieta declaran haber vendido a la sociedad de Juan B. Espinosa Hermanos todos los derechos que les correspondieron en la sucesión del señor Cenón Arrieta sobre las sabanas y montes denominados de Juan Arias, derechos que se contraen a un cuarto de caballería de tierras, o sea la mitad del expresado globo.

16º—Por escritura Nº 137 de 23 de agosto de 1905, Sixto Arrieta vende a Juan B. Espinosa Hermanos la acción que le correspondió en la sucesión de su padre Cenón Arrieta en el globo de tierras de "Juan Arias".

17º—Pedro A. Romero, mediante la escritura Nº 129 de 31 de julio de 1904, de la Notaría de Sincé, vende a Juan B. Espinosa Hermanos la mitad de la sexta parte que le corresponde a su esposa Felicia Arrieta de Romero como herencia de su padre Joaquín Arrieta en los globos de terreno conocidos con los nombres de Buenavista o Llanadas y Juan Arias.

18º—Por Escritura Nº 105 de 22 de septiembre de 1904, de la Notaría de Magangué, Inocencio Jiménez en representación de su padre José Manuel Jiménez, vende a J. B. Espinosa Hermanos un potrero situado en el lugar conocido con el nombre de "Guaimaral", cercano al caserío de Juan Arias, terreno que hace parte del globo de "Las Llanadas".

19º—Escritura Nº 34 de la Notaría de Magangué fechada el 20 de abril de 1903, por la cual Ventura García, apoderado general de Juan Martínez Mejía hace protocolización de un documento de venta que su poderdante otorgó a favor de

Juan B. Espinosa, de un potrero denominado "Valle María" situado dentro de los terrenos llamados "Arrietanos".

20º—Escritura Nº 33 de 29 de julio de 1884, extendida ante el Notario del Carmen (Bolívar), por medio de la cual Vicente Camargo en su propio nombre vende a Marcial Viñas Cárcamo una acción de las dos que tiene en los terrenos denominados "Tierra de San Vicente y San Cayetano", de la Iglesia de Tacamocho, jurisdicción del distrito de Tetón.

21º—Por escritura número 4 de 13 de noviembre de 1881, otorgada ante el Secretario del Cabildo de "la capital del Distrito de Galeras, Provincia de Corozal", los señores Julián Manjarrés Hernández y Julián Manjarrés Mesa venden a Joaquín y Cenón Arrieta "un rincón de tierra de Sabanas de Criar, nombrado Juan Arias, que constituye media caballería, situado dentro de la jurisdicción de este Distrito, cuyos linderos son los siguientes: "desde la entrada del monte de Sabana Nueva, aguas abajo, sitio Viejo de los Jiménez; a la cienegueta de "Corral Viejo" rectamente al punto conocido con el nombre de "Vara de León" que está en el camino de "Buenavista" aguas abajo por todo el arroyito de "Juan Arias". Declaran los otorgantes Manjarrés que esa porción de terreno la hubieron por herencia de sus padres José María y Manuel Manjarrés, hermanos entre sí, quienes la hubieron, a su vez, por compra a Alejandro Dávila en 1856.

22º—Certificado de propiedad expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Magangué a favor de Alfonso y Gonzalo Botero sobre el potrero de Valle-María.

Oposición de Antonio, Joan, David, José y Rodolfo Dajer y Silvio Tulio Mogollón Badel.

Por esta oposición se pide la exclusión de los terrenos de la Propuesta Nº 174, de varios lotes que los nombrados opositores afirman salieron del patrimonio del Estado en virtud de justo título con anterioridad a la reserva de 1873, lotes que aparecen relacionados así:

a) ANTONIO DAJER. El potrero "La Unión", subdividido por los llamados "Contreras", "Don Pedro" y "La Caña", comprendidos dentro de estos linderos: "Por el frente, el camino que del corregimiento de San Pedro (B.) conduce a Magangué pasando por Juan Arias; por un lado, con potrero denominado "El Encierro" de propiedad del señor Tomás A. Torres; por detrás, con potre

ro denominado "Don Pedro" de propiedad de la sucesión Déjer, y por el otro, con finca que fue de Ibrahín Castro, hoy de los herederos del finado Aurelio Rodríguez". Se indica que el potrero así alinderado, "Contreras", está ubicado a inmediaciones de San Pedro (Bolívar).

"Don Pedro": "Por un lado con el potrero nombrado 'Contreras' de la sucesión; por otro lado con potrero denominado 'El Encierro', de propiedad del señor Tomás A. Torres; por otro, con potrero denominado 'La Caña', de propiedad de la sucesión; y por el otro lado con finca de Manuel Pérez Correa, Vicente Correa, herederos de Florencio Alvarez y Luis Gamarra y por el otro lado, con fincas de Leandro Guerra H. y Ana Dolores Bohórquez".

"La Caña": "Por un lado, con potrero de la sucesión denominado 'Don Pedro', por otro lado, con potrero del señor Tomás A. Torres; por otro lado, con potrero del mismo señor Torres y de los señores Arango Hermanos, y por otro lado, con potreros de Víctor Sotomayor y Manuel Pérez Correa".

El usufructo consolidado con la nuda propiedad sobre el potrero llamado "La Admirable", de que trata la escritura N° 54 de la Notaría de Sincé, acompañada a la petición.

b) JUAN DAJER: Tres octavas partes del potrero "La Unión" de que se habló en el punto anterior, y una octava parte más que le correspondió en dicho potrero en la partición de bienes de la sucesión de su padre Antonio Dájer, v. finalmente, una octava parte en cada uno de los potreros denominados "Contreras", "Don Pedro" y "La Caña".

c) DAVID DAJER: La finca denominada "Los Camajones" en jurisdicción de San Pedro (B.), alinderada así: "Por un lado, camino real de Magangué en medio, con finca de la señora Sofía Torres de Cepeda, que fue antes de don Tomás A. Torres; por otro lado con fincas de José Manuel Navarro, Marcelino Cárcamo, Aníbal Benítez, herederos de Francisco Navarro y Antonio Dájer; por otro lado, camino de la montaña en medio con finca de Miguel Castilla, Carmen Castilla G., Manuel Aguilera, Luis Campo, antes de Manuel Rodríguez; y por el otro lado con finca del señor Ibrahín Castro".

También la finca del "Merello", determinada en la escritura N° 104 acompañada a la oposición.

d) JOSE DAJER: La finca denominada "Cabecerón", expresada en la escritura N° 210 de la Notaría de Sincé, alinderada así: "Por el Norte,

carretera nacional en medio, con parte de la misma finca de propiedad del poderdante; por el Oriente, parte de la finca de los compradores, señores hijos de Antonio Dájer, llamada "Los camajones"; por el sur, camino en medio con la finca del señor H. Traeger; por el occidente, con finca del señor Juan Aguirre G".

Otro lote situado en el mismo punto de "Cabecerón", de que trata la escritura N° 350 de la Notaría de Magangué.

La mitad de las fajas de terreno adyacentes a la finca "Los Camajones", determinada en la escritura N° 210 de la Notaría de Sincé.

La mitad de un lote de terreno ubicado en el sitio de "El Limón", "La Ceiba" y "El Cabecerón", en jurisdicción de San Pedro (B.), descrita en la escritura N° 215 de la Notaría de Sincé.

Otra mitad de una finca situada dentro del globo general llamado "La Concepción", a que se refiere la escritura N° 141 de la Notaría del Circuito de Sincé.

e) RODOLFO DAJER: La mitad de la finca "Cabecerón", de que se hizo mención anteriormente; la mitad de las fajas adyacentes a la finca "Los Camajones"; la mitad de una porción de terreno especificada en la escritura N° 215 de la Notaría de Sincé, y la mitad de otra finca, señalada en la escritura N° 141 de la misma Notaría.

f) SILVIO TULIO MOGOLLON BADEL, representado por su padre ANTONIO MOGOLLON: la décima parte de cuatro caballerías de tierra en el globo de "Sabanas de Pedro" (Municipio de Corozal), delimitadas así: "Entre el arroyo de Sincé, las sabanas que llaman de Pedro, el arroyo que llaman de Palmarejo, conocido hoy con el de Palmarcito, y el de Membrillal". (Escritura N° 118).

Estos terrenos según el opositor, forman parte de la primitiva merced de tierras hecha por el Cabildo de Tolú a don Francisco Dávila de Araújo en el año de 1707, copia de la cual se encuentra dentro de la escritura de protocolización N° 123 de 7 de julio de 1942, de que adelante se hará especial referencia.

El lote de "Nuestra Señora de la Concepción", dentro del cual se encuentran las porciones reclamadas por los opositores Dájer, tiene la siguiente demarcación:

"Frente a la cienagueta de canutal, cerca del retiro de este nombre se encuentra un guallacán marcado con una cruz que es punto divisorio con tierras del vecindario de Corozal, sirviendo los montes de canutal de punto de deslinde con tie-

rras de la señora Matías González; siguiendo en dirección recta termina esta línea en el guallacán de San Antonio (alias) de María Mercado lindando en este punto con tierras de Buenavista de la propiedad de los herederos del finado señor José Paulino Badel: marchando por este costado a la loma del Carrétal, sirve de lindero con las tierras de los señores Jarava de Juan Gordo un guallacán marcado con una cruz que se encuentra cerca de las cabeceras del arroyo Majagual: marchando por esta banda en la travesía que hace por este arroyo el camino real de Sincé a Mangangú, se encuentran dos carretos cruzados que denotan la concurrencia de los linderos, continuando lindando con los señores Jarava hasta la unión de las aguas del arroyo de Majagual con el de Mancomoján; y en la dirección de sus aguas arriba hasta las bocas del arroyo de Membrillar hasta sus cabeceras que están en el paraje nombrado La Loma Grande, hacia el occidente, lindando aquí con tierras de la señora Matías González, y de punto de demarcación sirve un carreto; y siguiendo de aquí al paraje de Canutal, se cierra el círculo de las diez y seis caballerías que pertenecían a Nuestra Señora de la Concepción de las Montañas de San Antonio".

Como títulos que en opinión de los expresados opositores Dájer y Mogollón prueban la transmisión de la propiedad del Estado en cabeza de los particulares, adujeron los siguientes que constan en la escritura N° 123 de la Notaría de Corozal:

a) Marco Badel presentó el 3 de julio de 1942 en dicha Notaría varios documentos para su protocolización, relacionados con la propiedad de los terrenos conocidos con el nombre de "Sabanas de Pedro", concedidos en merced a don Francisco Dávila y Araujo en extensión de ocho caballerías de tierra por el Cabildo Justicia y Regimiento de Tolú en el año de 1707, según copia que del mismo título obtuvo Candelaria Barreto del Alcalde Municipal del Sexto Cantón de Corozal en el mes de abril de 1834.

La parte pertinente del título expedido por el Cabildo de Tolú dice así:

"...Visto este escrito sus mercedes husando de la facultad y privilegio que tiene este Cavildo dijeron que hacían e hicieron merced de las ocho cavallerías de tierras de pan llevar en los montes de la Caxa jurisdicción de la Villa de San Benito Abad de las cuales gozara con los linderos que expresa y señala sin perjuicio de tercero que mejor derecho tenga... y habiendo pagado el Real derecho de media anata se le despachará título en

forma con inserción de la Real Cédula..." (que aparece en seguida). Los linderos indicados por el capitán Francisco Dávila y Araujo son: "...ocho cavallerías de tierra de pan llevar en los montes de la Caxa que an de correr desde una savaneta que llaman de Pedro de una parte y otra de ella lindando con tierras de Juan Domingues y por la otra parte con tierras del capitán Francisco Martín Chamorro corriendo para el arroyo que llaman del Membrillar y Palmar de dicha Savana de Pedro las cuales están en el partido de las savanas jurisdicción de la villa de San Benito Abad..."

b) Solicitud del capitán José Ypólito Dávila, hermano de Francisco Dávila y Araujo, al Alcalde Ordinario de la Villa de San Benito Abad, en su carácter de heredero de su nombrado hermano, para que con exhibición del título de la expresada merced se le dé posesión de las ocho caballerías de que en éste se trata.

La petición en referencia fue despachada favorablemente, y la diligencia de posesión fue llevada a efecto el 12 de diciembre de 1730.

c) Venta hecha a Francisco de Mesa Camelo por José Hipólito Dávila de cuatro caballerías de tierra "de pan llevar que el cavildo justicia y regimiento de la Villa de Santiago de Tolú hiso merced de ellas al capitán don Francisco Dávila mi hermano de quien las hube y compré con otras quatro que constan en el mismo título de ellas...", venta que consta en escritura otorgada ante el Juez de Comisos de la Villa de San Benito Abad el 3 de noviembre de 1733.

El comprador don Francisco de Mesa Camelo solicitó al Juez de Comisos ya nombrado le diese posesión de las cuatro caballerías adquiridas de don José Hipólito Dávila. Durante el trámite de tal petición se presentó don Tomás de Ferradanes diciendo tener títulos sobre las mismas tierras, controversia que falló el Capitán Juan González de Sierra, Justicia Mayor de la Villa de San Benito Abad, en la siguiente forma:

"...dije que mediante a haver manifestado ayer veinte y tres del corriente (septiembre de 1734) don Tomás de Ferradanes un título de quatro caballerías de tierra y haverse comprobado por ante mí y testigos los títulos que pertenecían al capitán don José Ypólito Dávila de ocho cavallerías de tierra de las cuales tiene bendidas quatro de ellas al teniente Francisco de Mes Camelo y las otras quatro al Alcalde Ordinario de segundo voto don Francisco Lasaro Melendres y para dar la posesión pedida al dicho teniente se comprovaron en el dicho día veinte y tres dichos títulos con

cuya vista y comprobación halla ser distintos los pedimentos de unos y otros títulos y siendo como es el título más antiguo el de don José Ypólito Dávila con diferencia de veinte y siete (hay una rúbrica) años poco más o menos anteponiendo mi autoridad y judicial decreto debía mandar y mandé se le de al teniente de Capitán Francisco de Mesa Camelo la posesión pedida en la parte y lugar que expresan sus títulos arreglándose a razón de veinte anegas de sembradura por cada caballería como las husa y ha husado dar el Cavildo de la Villa de Santiago de Tolú...”.

Conforme a este fallo, la diligencia de posesión fue practicada el 28 de enero de 1735.

c) Decreto del Licenciado don Miguel Torrecilla y Gamino, Juez Privativo de Tierras y Auditor de Guerra de Cartagena, fechado el 23 de agosto de 1749, por el cual se ampara al señor Juan Toribio de Torres en la posesión de cuatro caballerías de tierras, alinderadas así: “El arroyo que llaman de Sincé; la Savana de Pedro, arroyo del Palmarejo y arroyo de Membrillar, lindando con tierras que fueron de Francisco de Mesa Camelo...”.

e) Certificación del Alcalde Ordinario de segundo voto de San Benito Abad, fechada el 2 de julio de 1736, en la cual dicho funcionario declara que en el año de 1731 le dio posesión judicial de seis caballerías de tierras “en la montaña de Niza que orillan con Savana de Pedro” al teniente de infantería don Francisco de Mesa Camelo.

e) Certificado del Cabildo Justicia y Regimiento de la Villa de Santiago de Tolú, de fecha 2 de julio de 1736, según el cual dicho Cabildo “en virtud del real privilegio que por su magestad es concedido a este Ylustre Cavildo par una Real Zedula para repartir tierras a los vecinos las que se reparten son de a veinte fanegas de sembradura y una cabulla y noventa y seis varas que son seis mil ciento y noventa y ocho varas siendo la cabulla de a cien varas y lo mismo en cuadro que es lo que se ha practicado en esta Villa”.

f) Certificado del Alcalde Ordinario de primer voto de la Villa de San Benito Abad, fechado el 8 de julio de 1736, según el cual el Alcalde Ordinario de la misma Villa, don Tomás Lorenzo de Pinedo dió posesión judicial al señor Francisco de Mesa Camelo sobre seis caballerías de tierras “lindadas con tierras del cabo de escuadra Juan Domingues de Fuertes en la montaña que se intitula de esta jurisdicción de Nisa...”.

g) Venta de María de la Paz de Mesa a Antonio Gavilanes, elevada a escritura pública en el año

de 1776, ante el Alcalde de San Benito Abad, de cuatro caballerías de tierras alinderadas así: “Arroyo que llaman de Sincé; la Savana de Pedro, Arroyo de Palmarejo; Arroyo de Membrillar”, terrenos que hubo la vendedora como heredera de Mesa Camelo.

h) Declaraciones extrajudiciales recibidas por el Juez 2º Parroquial de Corozal en el mes de noviembre de 1848 a solicitud de Candelaria Barreto, y rendidas por José M. Salgado, Manuel Palencia, Bacilio Chamorro y José Martínez, de las cuales se establece que Antonio Gavilanes poseyó como suyas las cuatro caballerías de tierra conocidas con el nombre de Sabanas de Pedro, por compra hecha a María de la Paz Mesa; que posteriormente tales terrenos fueron de propiedad de Tomás Barreto, quien casó con una hija de Antonio Gavilanes; que más tarde, tales cuatro caballerías de tierra las heredó José Barreto, hijo de Tomás, quien las vendió a su tío Luis Barreto; al morir éste, dichos predios correspondieron por herencia a Pedro J. Barreto, pasando luego a ser de la peticionaria Candelaria Barreto, hija de Pedro J. Barreto, y que los linderos de dichas tierras son: “Arroyo de Sincé, Arroyo de Membrillar, Arroyo de Palmarejo y Sabana de Pedro; que el arroyo de Membrillar aguas arriba es el mismo que abajo le dan el nombre de Arroyo de Sincé...”.

i) Por escritura de fecha 16 de diciembre de 1848 otorgada ante el Escribano Público del Cantón de Corozal, Candelaria Barreto vende a Paulino Badel las cuatro caballerías de tierras de que se ha venido haciendo referencia.

Los demás títulos acompañados por los opositores Dájer y Mogollón, se relacionan así:

Copia legalizada de la hijuela Nº 118 correspondiente a Silvio Tulio Mogollón Badel en la sucesión de Lorenzo Badel.

Copia de la escritura Nº 141 de 17 de mayo de 1944, en la cual consta la venta hecha por Juan Aguirre Gamarra y otro a favor de Rodolfo Dájer B. y José Dájer B.

Copia de la escritura Nº 216 de la Notaría de Sincé, de fecha 22 de septiembre de 1943, por la cual Manuel Martínez M. vende a Rodolfo y José Dájer B. una finca de yerba en jurisdicción de San Pedro (B.).

Copia de la escritura Nº 210 de la Notaría de Sincé, fechada el 21 de septiembre de 1943 en la cual consta la disolución y liquidación de la sociedad colectiva de comercio “Hijos de Antonic Dájer”.

Copia de la escritura N° 212 de la Notaría de Sincé, fechada el 21 de septiembre de 1943, otorgada por Juan, Rodolfo y José Dájer B. sobre permuta de varios bienes raíces situados en San Pedro (B).

Copia de la escritura N° 174 de 6 de agosto de 1942, de la Notaría de Sincé, en la cual consta la venta hecha por Ibraim Castro a favor de "Hijos de Antonio Dájer", de una porción de terreno en el sitio de "Dajerlandia".

Copia de la escritura N° 350 de la Notaría de Magangué, de fecha 21 de diciembre de 1940, por la cual Ibraim Castro vende a "Hijos de Antonio Dájer un lote de terreno en el sitio de "Cabece-rón".

Copias de las hijuelas correspondientes a Antonio y Juan Dájer en la sucesión de Antonio J. Dájer, protocolizada en la Notaría de Sincé.

Copia de la escritura N° 104 de la Notaría de Sincelajo, otorgada el 2 de julio de 1931, por el Banco Nacional de Sabanas a favor de "Hijos de Antonio Dájer" en la cual consta la venta de un potrero llamado de "Los Camajones", de la jurisdicción de Sincé.

Copia de la escritura N° 71 de la Notaría de Corozal, por la cual Fernando Losada C. hace protocolización de la escritura N° 43 otorgada en Corozal el 20 de diciembre de 1865 ante el Notario de dicho lugar, por medio de la cual Paulino José Madel declara haber vendido a inocencio Flórez dos caballerías de tierra "de que es poseedor proindiviso con el doctor José Antonio Casas, situadas en los montes de San Antonio".

Concepto técnico del Ministerio

Para el concepto del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos los documentos y escrituras mencionados anteriormente no demuestran la pertenencia particular del subsuelo y petróleo reclamada por los opositores.

Respecto del mérito intrínseco de los títulos coloniales de los terrenos de Las Llanadas y la Sabana de Pedro de que en ellos se trata, dicho Servicio anota fundamentales deficiencias, como son, en primer lugar, la de que las mercedes de Andrés Jiménez de la Fuente y de Francisco Dávila y Araujo fueron hechas por el Cabildo Justicia y Regimiento de Tolú excediendo éste sus poderes y facultades reales, y porque la mayor parte de las tierras mercedadas no fueron objeto de la composición requerida por las Reales Cédulas, lo que significa que no se cumplieron los requisitos

de venta en pública almoneda, de la adjudicación en el mejor postor, ni se verificó la medición y amojonamiento subsiguientes.

También anota el Servicio Técnico que los muy contados sitios que traen las vagas e imprecisas alinderaciones de los expresados títulos coloniales, aparecen indicados en los mapas de la Oficina de Longitudes referentes a esas tierras, fuera del polígono de la propuesta N° 174.

Análisis de las pruebas aducidas al juicio

El opositor Mariano Mejía trajo durante el término probatorio del juicio los siguientes documentos, además de haber solicitado la práctica de una inspección ocular de que se hará mención más adelante:

Copia de la Escritura pública N° 2914 de la Notaría de Bogotá, fechada el 22 de agosto de 1945, por medio de la cual el señor Mariano Mejía da en venta a Narcisa Navarro de Mejía la finca de "El Edén", compuesta del potrero de este mismo nombre y otras porciones de terreno en el sitio de Las Llanadas y el potrero de "El Coco", todos relacionados y alinderados en dicha escritura separadamente. En la cláusula tercera, el vendedor se reserva la mitad del subsuelo de los mismos terrenos.

Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Sincé sobre libertad de los inmuebles de que se acaba de hacer mención.

Escritura N° 151 de 4 de agosto de 1928, de la Notaría de Sincé, sobre venta de la porción de terreno denominada "El Coco", hecha por José María Rodríguez Arrieta a Arango Hermanos.

Escritura N° 66 de la Notaría del Circuito de Ovejas, fechada el 19 de octubre de 1928, por la cual José Arango vende a Arango Hermanos las fincas de "El Edén" y otras porciones de los terrenos La Concepción.

"Copia de la escritura N° 15 de 20 de junio de 1932, de la misma Notaría, sobre venta de José María Rodríguez Arrieta a favor de Arango Hermanos de 150 hectáreas en el sitio llamado "El Coco".

Copia de la escritura N° 18 de la Notaría de Ovejas, fechada el 27 de febrero de 1937, por la cual "Arango Hermanos" vende a Félix Villa P. la mitad de las fincas de El Edén y La Graciela.

Copia de la escritura N° 79 de 19 de abril de 1938, de la Notaría de Magangué, por la cual Arango Hermanos vende a "Mariano Mejía & Cía." el potrero de "El Edén".

Copia de la escritura N° 218 de 1° de octubre de 1942, de la misma Notaría, por la cual Luciano Gamarra vende a Mariano Mejía G. el potrero de "El Coco".

Copia de la escritura N° 209 de la Notaría de Magangué, fechada el 16 de julio de 1943, por la cual José María Rodríguez Arrieta transfiere a favor de Mariano Mejía G. sus derechos sobre el terreno denominado Las Llanadas.

Escritura N° 396 de 5 de noviembre de 1942, por medio de la cual José María Rodríguez Arrieta vende a "Mariano Mejía G. & Cía." otro lote de terreno situado dentro del globo Las Llanadas.

Copia de la escritura N° 351 de la misma Notaría de Magangué, de 4 de noviembre de 1939, por la cual Juan José Romero vende a Luciano Gamarra una porción de terreno en el lote llamado "El Coco".

Copia de la escritura N° 250 de la Notaría de Corozal, de fecha 26 de marzo de 1925, por la cual se protocolizan varios documentos entre los cuales figuran los siguientes:

a) Escritura N° 4 otorgada ante el Notario Público de Corozal el 19 de mayo de 1860, en la cual consta la venta que hizo José Paulino Badel a Joaquín Arrieta de 7 caballerías de tierra en el sitio de Las Llanadas.

b) Escritura N° 18 de 17 de septiembre de 1862, de la Notaría de Corozal, por la cual José Paulino Badel vende a Joaquín Arrieta una caballería de tierra que le quedaba de ocho que tenía en el sitio de Las Llanadas.

c) Escritura N° 4 otorgada por Julián Manjarrés H. y Julián Manjarrés Mesa (véase el numeral 19 de la relación de títulos de la oposición de Gonzalo y Alfonso Botero).

d) Escritura N° 103 de la Notaría de Sincé, fechada el 5 de agosto de 1892, por medio de la cual Joaquín Arrieta vende a Zenón Arrieta un solar y una acción de montaña en el sitio de "Membrillar".

Copia de la escritura N° 205 de 30 de diciembre de 1922, de la Notaría de Sincé, en la cual consta que Juana Bautista Arrieta de Rodríguez vende a José Arango un lote de terreno en el sitio de "Los Camajones" o "El Edén".

Copia de la escritura de protocolización N° 234 de la Notaría de Magangué, mencionada ya al relacionar los títulos de la oposición de Mariano Mejía G.

Copia de la escritura N° 149 de la Notaría de Sincé, de fecha 3 de agosto de 1928, por la cual Juana Arrieta de Rodríguez y Esteban Rodríguez

venden a Arango Hermanos una porción de terreno en los llamados "Arrietanos".

Copia de la escritura N° 45 de 11 de marzo de 1926, de la Notaría de Sincé, por la cual José M. Rodríguez Arrieta vende a José Arango una posesión de yerba y montes denominada "El Uvero" y "Candelilla".

Copia de la escritura N° 7 de la Notaría de Corozal, de fecha 2 de febrero de 1921, por la cual Gabriel Campo vende a José Arango la mitad de una posesión de yerba y montes en el sitio de "El Coco".

Inspección ocular

Como se dejó dicho anteriormente, durante el término probatorio de este juicio solicitó el opositor Mariano Mejía la práctica de una inspección ocular en sus propiedades de "El Edén", diligencia que se llevó a cabo en los días 23 y 24 de mayo de 1949, con intervención de peritos ingenieros. Tal diligencia se redujo a establecer, como lo pidió el opositor, "si los terrenos comprendidos por las fincas denominadas "Potrero de Las Llanadas", "El Edén", "Finca de Las Llanadas" y "El Coco", se hallan ubicados dentro del área de la Propuesta N° 174".

En ella se recorrieron los puntos indicados en la alinderación de la expresada propuesta, y de ello se llegó a la conclusión, según reza el acta respectiva (Fol. 18 del C. N° 7), que "teniendo presente el plano topográfico de la propuesta y la alinderación y situación de la finca observada en la diligencia, concluyen los peritos que la totalidad de ella queda incluida dentro del globo de terreno abarcado por la propuesta número 174.....".

Efectivamente, los señores peritos están acordes en afirmar dicha superposición, sobre la base de los actuales linderos de la finca de "El Edén", integrada por el potrero del mismo nombre, y los predios adyacentes llamados "Las Llanadas" y "El Coco".

Alegaciones del Procurador Delegado

Principia el señor Procurador Delegado por transcribir las conclusiones del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos, y afirma que esa situación no ha sido modificada en manera alguna con las pruebas allegadas al juicio por los opositores.

Destaca luego el título de que trata la escritura N° 234 de la Notaría de Magangué, o sea aquél en

que consta el decreto de composición de doce caballerías de tierras solicitada por el capitán Pedro Rico al Alcalde Ordinario de la Villa de Mompox en 1728, y las transferencias subsiguientes, tomando nota de la alinderación que consta en la escritura de venta de 1862 otorgada por Paulino Badel a Joaquín Arrieta, así como también de la alinderación de cada uno de los lotes que integran hoy la hacienda de El Edén y de sus respectivas áreas, haciendo de todo ello esta observación:

"La gran diferencia de estos últimos linderos (los de los lotes que componen hoy la finca El Edén) con los estampados en el título primitivo, es verdad que puede tener alguna explicación mediante el estudio de la titulación traída a este juicio por el opositor, pero sin que ellos vengan a definir en forma clara, que los lotes últimamente descritos comprendan precisamente la cabida y ubicación del terreno que se afirma salió del patrimonio del Estado con la alinderación que del respectivo título aparece...".

Agrega a este respecto que de las sucesivas transferencias que traen los títulos acompañados a la oposición se infiere que los lotes de El Edén, Las Llanadas y El Coco proceden de desmembraciones de los terrenos adquiridos por el capitán Pedro Rico, pero que la falta de algunas hijuelas hace imposible llegar a una conclusión definitiva al respecto.

La identificación de los expresados lotes de terreno que permita afirmar sin la menor duda que son parte o la totalidad de las tierras primitivamente adjudicadas por la Corona de España sólo es posible obtenerla con una prueba técnica, la que no se logró con la inspección ocular, puesto que ésta sólo tuvo por objeto "localizar dentro de la extensión de terreno a qué se refiere la propuesta 174, los lotes alinderados en la forma que aparece de la matrícula N° 12 certificada por el Registrador del Distrito de San Pedro (B), pero sin que en parte alguna del concepto emitido por los peritos que intervinieron en dicha diligencia se mencione siquiera el punto relacionado, de si dichos terrenos corresponden por su cabida y linderos al globo de terreno delimitado en el título que como emanado del Estado se allegó al Juicio...".

"Los extremos analizados en este escrito —dice para terminar su alegato el representante de la Nación— relevan a la Procuraduría de entrar a estudiar el punto jurídico, de si con los títulos acompañados al expediente, han demostrado los opositores que los terrenos objeto de su oposición

salieron o no del patrimonio del Estado, por cuanto la individualización precisa de los terrenos a que se refieren las oposiciones, no se llevó a feliz término. En consecuencia, y por este motivo, los títulos aducidos son actualmente inoperantes".

Consideraciones de la Sala

Es incuestionable que en la solución de esta clase de controversias lo primero que se presenta al estudio y consideración de la Sala es el punto referente a la determinación e identificación de los predios materia de la oposición, en relación con los títulos antiguos emanados del Estado, aducidos como demostrativos de la propiedad privada que se alega.

Tanto en el estudio de la Sección Técnica del Ministerio de Minas como en el alegato del señor Procurador Delegado se sostiene que de los títulos y documentos presentados por los opositores no surge con la debida precisión y claridad la determinación de los distintos globos de terreno que fueron objeto de merced o composición por la Corona de España, ya porque las alinderaciones que tales títulos contienen son en extremo vagas y generales, ya también porque ninguna de aquellas primitivas adjudicaciones fueron como debían haberlo sido, medidas y deslindadas conforme al mandato de las Reales Cédulas.

Observa también el representante de la Nación, que los actuales linderos de la finca llamada hoy El Edén, según las escrituras presentadas por Mariano Mejía, no guardan ningún punto de semejanza con los que trae el título por él aducido como demostrativo del dominio particular del subsuelo de la mencionada finca, esto es, la composición de tierras decretada a favor del capitán Pedro Rico en 1728, incluida en la escritura de protocolización N° 234.

La exactitud de esta afirmación se deduce con la sola transcripción de los linderos dados en uno y otro títulos, según el primero, los del potrero de El Edén, perteneciente al globo de terreno denominado "Las Llanadas", son: por el frente, camino real que conduce de San Pedro (B.) a Magangué, en medio, con propiedades de José Manuel Navarro y Marcelino Cárcamo; por la derecha, propiedad que fue de Tomás de A. Torres, hoy de Mr. H. Traeger, propiedades de Hijos de Antonio Dájer, Víctor Sotomayor e Isabel María viuda de Mesa; por la izquierda, propiedades de Juan José Romero y Gilberto Rodríguez, y por detrás, fincas de José María Rodríguez y Joaquín Erazo".

Y los linderos de las doce caballerías concedidas al capitán Pedro Rico en el sitio de Las Llanadas, de acuerdo con el título expedido el 10 de septiembre de 1728 por el doctor José de Mier, Alcalde de la Villa de Mompo y Juez Subdelegado para composiciones de tierras, son: "Principiando desde el Rodeo del Manglar, corriendo hacia las sabanas del Valle buscando el Monte Constanza, y de ahí subiendo a buscar las sabanas de Soplabollos hasta las sabanetas de Juan Gordo, y de ahí subiendo el monte Membrillar a salir a Sabana Nueva por el monte Gallinazo y de Sabana Nueva al rincón de la vereda hasta volver a dicho Rodeo del Manglar con las Sabanas de Las Llanadas, Sabana Nueva y sus Rincones".

En verdad, todos los linderos conforme a los cuales se otorgaron las distintas mercedes y composiciones de tierras por el Cabildo de Cartagena y de Tolú y la Real Audiencia y Justicia de la Villa de Mompo, se resienten, como en la generalidad de tales títulos antiguos, ocurre, de notorias deficiencias, bien explicables por cierto. No otra cosa puede decirse de la diligencia de deslinde de la merced hecha a Andrés Jiménez, donde no se indicó orientación alguna que permita conocer su situación.

Para la Sala la indeterminación de los predios de los opositores tal como se hallan aquéllos actualmente, es todavía de menor importancia en orden a la prosperidad de la acción excluyente de que aquí se trata. Lo que hace que ella sea de todo punto improcedente es la falta total de identificación de las tierras reclamadas con base en títulos coloniales, ya que la única diligencia de tal índole que se practicó dentro del presente juicio en relación con la finca de El Edén, partió de otra base distinta: la de los linderos del título de propiedad hecho a favor del opositor señor Mejía, pero sin relacionarlos con los señalados en la merced de origen que se alega como prueba de la propiedad privada tanto del suelo como del subsuelo.

Ninguna conclusión puede obtenerse de aquella diligencia en cuanto hace al fondo mismo de lo que piden los opositores: la declaración de que sus respectivos predios deben excluirse de la propuesta de exploración y explotación de que se ha hecho referencia. Porque la identificación (que en verdad tampoco llegó a ser completa) de lo que es en la actualidad la hacienda de El Edén, conforme al título registrado de la propiedad de

la misma, apenas podrá establecer la superposición del globo de la propuesta sobre los terrenos que forman la expresada hacienda, mas no que éstos sean los mismos que fueron objeto de las mercedes alegadas como título emanado del Estado. La diligencia de que se habla tendría toda la fuerza de plena prueba en favor de la propiedad privada, si los linderos de El Edén correspondieran exactamente a los primitivos señalados en alguna o algunas de las varias adjudicaciones hechas por las autoridades de la Colonia a don Pedro Rico, Esteban Ignació de Lora o Lorca, Cosme González y al propio don Antonio Rico, de quien se dice en algunos de los documentos relacionados anteriormente, que vino a ser dueño de veintiseis caballerías de tierras, unas por composición directa y otras por compra a distintas personas.

Y si lo anterior cabe decir de los predios reclamados por el opositor don Mariano Mejía G., en los cuales se practicó la inspección ocular de que se ha hecho mérito, ¿qué podrá decirse respecto del fundamento de las demás oposiciones en las cuales no se pidió siquiera la práctica de tan indispensable prueba?

No sobra agregar otra observación de la Sala respecto a la falta de identificación de los predios de los opositores. En el plano elaborado por el perito Gonzalo Acosta S., de la hacienda de El Edén, tomando para ello el de la Propuesta número 174, solamente se encuentra un punto referencial citado en los títulos primitivos traídos al debate: Arroyo de Membrillar. Mas este arroyo aparece localizado en el plano a considerable distancia de los lotes que forman El Edén.

No estando, por tanto, acreditada la identificación de los terrenos materia de este juicio no sólo en cuanto a los linderos del último registro sino también conforme a las demarcaciones hechas en los títulos anteriores a 1873, la Sala se considera relevada de entrar en el estudio acerca de la validez de estos últimos, toda vez que no habiéndose demostrado que tales títulos tienen base real y verdadera, comprobable plenamente sobre la cosa que en ellos se relaciona como propiedad particular, es inútil ocuparse del aspecto de su validez legal.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la

República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECLARA INFUNDADAS** las oposiciones hechas por los señores Mariano Mejía, Gonzalo y Alfonso Botero, Antonio, José, David, Rodolfo y Juan Dájer B. y Antonio Mogollón M. como representante legal de su hijo Silvio Tulio Mogollón, a la propuesta de contrato sobre exploración y explotación de petróleos número 174 de la Compañía de Petróleos "Las Cumbres de Colombia".

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín

Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — REPRESENTACION EN JUICIO DE LAS PERSONAS NATURALES, DESPUES DE SU MUERTE.—CUANDO SON ADMISIBLES LAS PRUEBAS SUPLETORIAS. — DECRETO DE POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA.—ESTE DECRETO CONFIERE A LOS HEREDEROS CONJUNTAMENTE FACULTADES DISPOSITIVAS RESPECTO DE LOS BIENES HERENCIALES. — FACULTADES QUE CONFIERE AL COMPRADOR LA ADQUISICION DE DERECHOS EN UNA SUCESION

1.— Si de personas naturales se trata, la primera condición para que puedan ser sujetos procesales es que estén vivas, esto es, que tengan existencia real y verdadera.

Mas no sólo las personas morales o jurídicas existen de modo figurado, sino que las personas naturales se consideran existentes y con facultad de reclamar sus derechos POST MORTEM, representadas en su patrimonio y en sus causahabientes. A ello provee la ley, por ejemplo, en lo atañadero a las sucesiones, así como también en lo que se refiere al contrato de mandato, en que no sólo autoriza, sino que ordena, a quien ha iniciado alguna gestión en nombre de quien ha fallecido, el continuarla, cuando de no hacerlo así se sigan perjuicios para los herederos (artículo 2194 del C. C.).

2.—La Corte y los tribunales han sostenido de manera constante que no pueden presentarse de una vez las pruebas supletorias, sin acreditar en alguna forma que no pudieron allegarse las principales, como su mismo nombre y la naturaleza de las cosas lo indica.

3.—Con la institución del decreto de posesión efectiva de la herencia en los artículos 950 a 952 del Código Judicial, quiso la comisión redactora de dicho estatuto hacer operante el precepto del artículo 757 del Código Civil, que no tenía aplicación anteriormente, y que establece que, si bien la posesión de la herencia se confiere por ministerio de la ley, en el momento de deferirse, no puede el heredero disponer de un inmueble mientras no proceda el decreto judicial que da la posesión efectiva y el registro del mismo decreto y de los títulos que confieran el dominio.

El decreto se expide a favor de la heren-

cia representada conjuntamente por los herederos; una vez expedido, otro u otros herederos pueden pedir que se extienda a su favor si presentan la prueba de su calidad; y, en todo caso, el excluido o excluidos pueden hacer valer sus derechos en juicio sobre petición de la herencia.

En cuanto al alcance o eficacia del citado decreto, lo explica la Comisión al decir que es "un auto destinado a ser inscrito en el libro de registro y que, al propio tiempo que sirve como medio de cancelación de las inscripciones hechas allí en favor del de cujus, a intento de que no subsistan con el peligro de que cualquiera persona, tomando el nombre del difunto, haga enajenaciones o constituya hipotecas sobre los respectivos bienes, confiere a los herederos facultades dispositivas respecto de los bienes herenciales".

Es claro, y así se desprende de la naturaleza misma de la institución, que si no hay más que un solo heredero, a éste le basta, para disponer de los bienes herenciales, el decreto de posesión efectiva de la herencia, y así lo establece el artículo 968 del Código Judicial.

4.—Es doctrina de la Corte la de que la compra de derechos en una sucesión, aunque se vinculen a determinados bienes, no da al comprador sino "la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo y pedir que se le reconozca su derecho, según los términos del contrato, pero no le dan, ni pueden darle, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes. La concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición". (G. J. número 1905, página 189).

5.—En la ocurrencia de la ocupación de una propiedad inmueble para destinarla a una obra pública ordenada por la ley y de interés general, no puede ordenarse que el particular, haciendo uso del derecho de opción que le confiere la ley civil, pueda adquirir el edificio que en esa propiedad se haya construido, pagando su valor (artículo 739 del C. C.), pues es principio universalmente admitido que el interés privado debe ceder ante el interés general.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiocho de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Santa Marta, en sentencia de 18 de abril del año antepasado, absolvió a la Nación de “todos los cargos de la demanda”, en el “juicio reivindicatorio promovido contra ella por EMILIO J. SANCHEZ, sobre dos lotes de terreno ubicados en la ciudad de Barrancabermeja”.

Contra dicha sentencia interpuso el apoderado del actor el recurso de apelación, y surtidos los trámites de la segunda instancia, debe proferirse el fallo correspondiente.

La demanda y la respuesta.—En la demanda se pide:

1º Que ordene la restitución y entrega al actor del “dominio y posesión” de dos lotes de terreno, ubicados en la calle tercera del plano de Barrancabermeja, lotes que forman un solo globo y cuyos linderos se señalan:

2º Que se ordene el pago de los frutos naturales y civiles de los mencionados lotes, desde el día de la ocupación hasta el día de la entrega; y

3º Que se condene al pago de los daños o perjuicios ocasionados por la indebida ocupación de los mismos durante el propio tiempo y por la destrucción de tres casas que allí existían y que le producían cánones de arrendamiento.

En subsidio pide que ordene el pago del valor del lote o lotes de terreno, más el de las tres casas destruidas, a más del de los frutos, perjuicios y costas del juicio.

Como hechos fundamentales de la demanda se anotan los siguientes:

a) Que el actor es dueño y poseedor inscrito de los lotes, “por adjudicación que se le hizo en

la sucesión de su madre, señora Petronila Coronado de Sánchez”, mediante el decreto de posesión efectiva de la herencia que se le expidió a su favor, como heredero único.

b) Dentro del lote o lotes tenía el actor tres casas pequeñas, que le producían como arrendamiento una suma no menor de sesenta pesos (\$ 60) mensuales.

c) Quince días después del fallecimiento de la señora Coronado de Sánchez, la Nación les compró a Ismael, Ramón y Ana Betsabé Vásquez Coronado, los derechos hereditarios en la sucesión de aquella, para lo cual alegaron éstos ser presuntos herederos, como hijos naturales, y se comprometieron a ratificar la venta, una vez liquidada la sucesión de la mentada señora.

d) La Nación procedió a ocupar los lotes de que se trata, destruyó o demolió las casas o edificaciones que dentro de ellos había y construyó el edificio denominado Hotel Pipatón u Hotel de Barrancabermeja. Pero aunque el Ministerio de Obras Públicas reconoce que procedió con ligereza, declara que el terreno “bien o mal ya se adquirió y se pagó”.

El Fiscal del Tribunal contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones en ella solicitadas, expresó que no le constaban los hechos alegados como fundamento de la misma y negó el derecho invocado.

Propuso, además, la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del mandatario, debido a la circunstancia de que el mandante había fallecido el 6 de octubre de 1946, antes siquiera de haberle notificado la demanda al señor agente del Ministerio Público. Pero como el Tribunal y la Corte no la encontraran acreditada, la propuso como excepción perentoria, denominándola “carencia de personería sustantiva del demandante” (f. 25 del c. 1º).

La sentencia.—El Tribunal, en la sentencia recurrida, como ya se dijo, absuelve a la Nación de los cargos de la demanda, y para ello sienta las siguientes bases:

a) No está demostrado, con la prueba que la ley 92 de 1938 requiere, el fallecimiento del mandante, señor Emilio J. Sánchez y, por tanto, no está fundada la excepción perentoria de carencia de personería sustantiva del mismo.

b) No estando acreditada la defunción del poderdante, tampoco aparece como ilegítima la personería adjetiva de su apoderado, como ya lo re-

conoció la Corte en providencia de 27 de noviembre de 1948.

c) Pero el actor no ha comprobado el derecho de dominio que tiene sobre los lotes de terreno que reclama, porque sólo presenta el decreto de posesión efectiva de los bienes, dictado en el juicio de sucesión de doña Petronila Coronado de Sánchez, que no es título de dominio.

"En síntesis —concluye el fallo— la acción no prospera porque el actor no demandó para la sucesión, sino para Emilio J. Sánchez, en quien no está radicado el dominio del inmueble".

Deben hacerse, pues, las consideraciones del caso para tomar la resolución que la Sala estime legal.

La excepción perentoria de carencia de personería del actor la hizo consistir el señor Fiscal, como ya se dejó advertido, en la circunstancia de haber muerto el demandante, señor Emilio J. Sánchez, antes de que se hubiera notificado la demanda.

En realidad, el señor Sánchez falleció el 6 de octubre de 1946 (f. 4º del cuaderno 2) y, aunque la demanda se presentó el 24 de septiembre anterior (f. 19 v. del cuaderno 1), no fue notificada hasta el 10 de octubre (f. 21 v. ibidem).

Sobre el particular se anota que el código judicial define al demandante diciendo que es "el que reclama ante el poder judicial la eficacia de un derecho" y, como según la expresión clásica, el derecho es una proporción o relación de hombre a hombre (*hominis ad hominem proportio*), si de personas naturales se trata, la primera condición para que puedan ser sujetos procesales es que estén vivas, esto es, que tengan existencia real y verdadera.

Más no sólo las personas morales o jurídicas existen de modo figurado, sino que las personas naturales se consideran existentes y con facultad de reclamar sus derechos *post mortem*, representadas en su patrimonio y en sus causahabientes. A ello provee la ley, por ejemplo, en lo atañadero a las sucesiones, así como también en lo que se refiere al contrato de mandato, en que no sólo autoriza, sino que ordena, a quien ha iniciado alguna gestión en nombre de quien ha fallecido, el continuarla, cuando de no hacerlo así se sigan perjuicios para los herederos (artículo 2194 del C. C.).

Sin embargo, no es el caso de estudiar si cabe la aplicación de los preceptos legales en este punto, porque de ello excusa la consideración hecha

por el Tribunal de que las partidas de origen eclesiástico son pruebas supletorias y no principales, de acuerdo con el artículo 19 de la ley 92 de 1938, que dice que "la falta de los respectivos documentos del estado civil podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, o por las actas o partidas existentes en los libros parroquiales" o por declaraciones de testigos y, en último caso, por la notoria posesión del estado civil.

Pero, como la Corte y los tribunales lo han sostenido de manera constante, no pueden presentarse de una vez las pruebas supletorias sin acreditar en alguna forma que no pudieron allegarse las principales, como su mismo nombre y la naturaleza de las cosas lo indica.

"Para admitir las pruebas supletorias del estado civil de las personas, —ha dicho la Corte— es preciso que se dé una demostración completa de la falta de las pruebas principales. Así, por ejemplo, no es bastante un certificado de un párroco, en que conste que no halló una partida de bautismo, sino que debe agregarse la demostración de que el bautismo se hizo en la Iglesia que administra el certificante" (Sent. de 31 de octubre de 1891, G. J. Tomo VI, página 402).

La acción intentada es la de reivindicación, porque se demanda la restitución y entrega del "dominio y posesión de dos lotes de terreno", más los frutos y perjuicios, por estar ocupados por la parte demandada y, en subsidio, se pide el valor de los mentados lotes, con base en la razón primordial de que el actor "es dueño único y absoluto y tiene el dominio y posesión inscrita del lote o lotes", "por adjudicación que se le hizo en la sucesión de su madre señora Petronila Coronado de Sánchez, mientras que la Nación", "por error de hecho y de derecho compró cosa ajena", y procedió a ocupar los predios para su beneficio propio y continúa reteniéndolos.

Como título de dominio presenta el demandante el decreto de posesión efectiva de los bienes de la sucesión de doña Petronila, contenido en la escritura número 114, de 9 de abril de 1943, que se trajo al expediente en copia debidamente registrada, y en la cual se dice que se le expide a su favor "como único heredero reconocido" de dicha señora.

Contra ese título obra en el proceso la escritura número 110, de 10 de abril de 1940, por medio de la cual la Nación adquirió de los "presuntos herederos" de la señora Coronado de Sánchez

"el derecho de dominio pleno y la posesión efectiva y completa del inmueble".

Pero antes se explica que Ismael, Ramón y Ana Bethsabé Vásquez Coronado concurren al otorgamiento de la escritura "en su condición de herederos de la señora Petronila Coronado, como sus hijos naturales"; que como dicha señora había hecho una promesa de venta de los lotes a la Nación y había fallecido sin cumplirla, ellos "en su carácter de presuntos herederos", cumplen dicha promesa de venta; y que se comprometen a ratificar esa escritura "una vez que se liquide la respectiva sucesión" (fls. 3 a 9 del c. 1).

De esta suerte y, aunque expresen que transfieren a la Nación el dominio del inmueble, y dan los linderos del mismo, lo que transmiten son sus derechos herenciales, aunque vinculados en un bien determinado.

Consideraciones sobre la acción intentada

Repetidamente se ha afirmado, sobre las voces del artículo 946 del código civil, que los elementos de la acción son tres, a saber: dominio en el actor, posesión en el demandado y singularización o identificación del inmueble, esto es, que el bien que se reclama como propio del demandante sea el mismo que retiene indebidamente el demandado.

En orden de facilidad se estudiarán estos elementos en sentido inverso, para llegar al problema de fondo, que es el de dominio.

La identificación del inmueble la echa de menos el señor Procurador, pues "ninguna probanza se produjo por el actor —dice— para demostrar tan esencial extremo de la acción de dominio", esto es, que los bienes alinderados son los mismos o corresponden "a los que el demandado está poseyendo en realidad".

Pero esa identidad surge nítida al comparar los linderos contenidos en la escritura de promesa de venta que doña Petronila Coronado había hecho a la Nación, con los señalados en la demanda y que corresponden a los marcados en el decreto de posesión efectiva de la herencia expedido a favor del demandante (fls. 3, 7v., 11 y 16 del c. 1), con la particularidad de que la cabida del terreno es igual en estas piezas, con una diferencia de cinco centímetros cuadrados.

No sobra anotar, como prueba que confirma la identidad del predio, que el Ministerio de Obras Públicas no rechaza el pago del terreno por tra-

tarse de uno distinto, sino que alega que el pago ya se había hecho (f. 15 ibidem).

La posesión u ocupación de la parte demandada

es punto sobre el cual no ha habido la menor duda a través del proceso. Y no podía haberla, supuesto que, como ya se dijo, los linderos coinciden en la demanda y en los documentos allegados, y en todos ellos se indica que el lote o lotes se destinan para la contrucción del hotel Nacional u Hotel Pipatón de Barrancabermeja, que ya está construido, según debe admitirse.

El dominio del actor. No queda por analizar sino el dominio del demandante y entonces, puesto que ambas partes presentan títulos inscritos de adquisición del predio, cabe preguntar a quién ha de considerarse como verdadero dueño del mismo: si a la Nación, por haberlo adquirido de unos presuntos herederos que no se han hecho reconocer como tales, o al actor, que hizo abrir el juicio de sucesión, que fue reconocido como heredero dentro de él y a quien como causahabiente único, se le expidió el decreto de posesión efectiva de la herencia.

Con la institución del decreto de posesión efectiva de la herencia en los artículos 950 a 952 del código judicial quiso la comisión redactora de dicho estatuto hacer operante el precepto del artículo 757 del código civil, que no tenía aplicación anteriormente, y que establece que, si bien la posesión de la herencia se confiere por ministerio de la ley, en el momento de deferirse, no puede el heredero disponer de un inmueble mientras no preceda el decreto judicial que da la posesión efectiva y el registro del mismo decreto y de los títulos que confieran el dominio.

El decreto se expide a favor de la herencia representada conjuntamente por los herederos; una vez expedido, otro u otros herederos pueden pedir que se extienda a su favor si presentan la prueba de su calidad; y, en todo caso, el excluido o excluidos pueden hacer valer sus derechos en juicio sobre petición de la herencia.

En cuanto al alcance o eficacia del citado decreto lo explica la Comisión al decir que es "un auto destinado a ser inscrito en el libro de registro y que, al propio tiempo que sirve como medio de cancelación de las inscripciones hechas allí en favor del de cuius, a intento de que no subsistan con el peligro de que cualquiera persona, tomando el nombre del difunto, haga ena-

jenaciones o constituya hipotecas sobre los respectivos bienes, confiere a los herederos conjuntamente facultades dispositivas respecto de los bienes herenciales”.

Es claro, y así se desprende de la naturaleza misma de la institución, que si no hay más que un solo heredero, a éste le basta, para disponer de los bienes herenciales, el decreto de posesión efectiva de la herencia, y así lo establece el artículo 968 del código judicial.

Contra ese título obra a favor de la Nación el de adquisición de unos derechos de unos presuntos hijos naturales de doña Petronila Coronado de Sánchez. Y tal se dice porque éstos, en la escritura de cesión o de traspaso expresan que son “presuntos herederos”, pues se consideran “como sus hijos naturales”, y que se comprometen a ratificar la escritura “una vez que se liquide la respectiva sucesión”. Pero no se sabe si en realidad sean tales herederos, como hijos naturales, por la sencilla razón de que no se presentaron en la causa mortuoria a hacer valer sus derechos.

Así las cosas, la situación de la parte demandada, o sea, la Nación, la define la doctrina de la Corte, según la cual la compra de derechos en una sucesión, aunque se vinculen a determinados bienes, no da al comprador sino “la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión, respectivo y pedir que se le reconozca su derecho, según los términos del contrato, pero no le dan, ni pueden darle, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes. La concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición” (Casación de 12 de noviembre de 1935, G. J. número 1905, página 189).

Las objeciones contra lo expuesto consisten en afirmar que “el decreto de posesión efectiva no es título de dominio propiamente tal y que dé base para reivindicar, por cuanto dicho decreto no concede al heredero o herederos más que simples facultades dispositivas, pero sin constituir un verdadero título de dominio”.

No aparece aceptable esta tesis, porque desde que el decreto confiere facultades dispositivas a los herederos, como es indudable, es porque confiere también el dominio con tradición escrita, supuesto que la facultad de disponer es uno de los atributos esenciales de la propiedad. Ese es precisamente el objeto del decreto, esto es, el de cancelar las inscripciones de la propiedad a favor

del de cuius para traspasarlas a la herencia, vale decir, para que figuren como poseedores inscritos los herederos en su condición de representantes de la herencia, y sean considerados como sus legítimos dueños.

Dé mayor entidad es el argumento de que el actor, con el mero decreto de posesión efectiva, no puede reivindicar para sí, y menos en presencia de la parte demandada, que es cesionaria de quienes se dicen presuntos herederos de la misma causante. Y no se diga que, de acuerdo con el artículo 968 del código judicial, el heredero único puede disponer de los bienes herenciales una vez que a su favor se dicte el decreto de posesión efectiva.

El juicio de sucesión no termina en realidad sino cuando “se declara ejecutoriada la sentencia aprobatoria de partición de los bienes relictos” (art. 893 del c. j.). Más todavía, el decreto no hace las veces de adjudicación y no puede prescindirse de ésta sino cuando no hay personas distintas que puedan presentarse al juicio, ya que, expedido el decreto, “si se presentan otro u otros herederos” debe extenderse “también a su favor dicho decreto, si presentan la prueba de sus títulos o calidad (art. 952 del c. j.).

Mas no es insuperable la dificultad de la objeción, ya que el actor fundamenta su demanda en la circunstancia de tener el dominio y la posesión inscrita “por adjudicación que se le hizo en la sucesión de su madre doña Petronila Coronado de Sánchez (hecho A), pues habiendo fallecido dicha señora (hecho d) y habiéndose abierto la causa mortuoria se expidió a favor del señor Sánchez como “su único heredero” el decreto de posesión efectiva de la herencia” (hecho K).

De esta suerte, puede prosperar la demanda, sin salirse de los términos de la misma, sino más bien interpretándola en su genuino significado, de acuerdo con los hechos fundamentales en que se apoya y con las disposiciones legales. O sea, dejando en claro que se ordenará lo demandado como a heredero a quien se ha reconocido en esa calidad y a cuyo favor, como único representante de la herencia hasta ahora, se ha expedido el decreto de posesión efectiva.

Mas no podrá hacerse la declaración principal de que se entreguen los lotes mismos, sino la subsidiaria, de que se ordena el pago del valor del terreno, como quiera que el actor reconoce que la Nación “construyó en ellos el edificio conocido con el nombre de Hotel Pipatón u Hotel de Barrancabermeja que allí existe”, para esa obra se

adquirió el predio, y la causante había hecho promesa de venta a la Nación con la finalidad de que se viene hablando.

Se trata, pues, de la ocupación de una propiedad inmueble para destinarla a una obra pública ordenada por ley y de interés general, ocurrencia en que no puede ordenarse que el particular, haciendo uso del derecho de opción que le confiere la ley civil, pueda adquirir el edificio pagando su valor (art. 739 del c. c.), pues es principio universalmente admitido que el interés privado debe ceder ante el interés general.

El valor del terreno debe ser el actual, ya que el poseedor sigue gozando de él hasta la sentencia definitiva, pasando en autoridad de cosa juzgada (art. 959 del c. c.), lo que significa que el precio no es el anterior, sino el que tenga al quedar en firme el fallo contra la parte demandada.

Naturalmente que no habrá de tenerse en cuenta, para el avalúo del terreno, la circunstancia de haberse construido en él el Hotel Pipatón, sino el que podía tener si el dicho edificio no se hubiera levantado.

También habrá de ordenarse el otorgamiento de la correspondiente escritura de dominio en favor de la Nación, de conformidad con el artículo 269 del código contencioso-administrativo.

Prestaciones mutuas. El actor cobra, una vez ejecutoriada la sentencia, "los frutos naturales y civiles de los mencionados lotes, en dinero, desde el día 10 de abril de 1940, fecha en que la Nación o República de Colombia ocupó dichos lotes, hasta el día en que por virtud de la sentencia se lleve a cabo la restitución y entrega, frutos que dentro del juicio deberán ser fijados".

Sobre el particular se observa, en primer lugar, que no se ha acreditado que el lote o lotes produjeran **frutos naturales**, esto es, aquellos que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana. De esta suerte, no cabe hablar sino de frutos civiles, o sea, de la renta que hubieran podido producir los terrenos dados en arrendamiento, que es el uso o usufructo ordinario que prestan a su dueño.

Desde cuándo se deben esos frutos, depende de la buena o de la mala fe con que se considere a la parte demandada: desde la contestación de la demanda, si se admite aquélla, o desde la ocupación de los lotes, si se da por acreditada la segunda.

La ley requiere en los títulos de dominio, para que se considere que existe la buena fe, que se tenga la **persuasión** de haberse recibido la cosa de

quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Pero al proceso no se trajo prueba ninguna, estando en debate como está este aspecto del litigio, de que la Nación, para adquirir los lotes, o mejor, los derechos de los presuntos herederos, de doña Petronila Coronado, se hubiera cerciorado previamente de si en realidad eran tales herederos, o si había otro u otros que lo fueran de verdad, o si existían otros que tuvieran mejor derecho. Todavía más, hasta la demanda transcurrieron seis años más, sin que hubiera hecho diligencia alguna para consolidar su posición, siendo así que se había dejado pendiente la ratificación de la escritura de traspaso una vez que el tal juicio de sucesión se liquidara.

Por eso en el Ministerio de Obras Públicas, al reclamar el señor Sánchez el pago de sus terrenos, se reconoce que "indudablemente se procedió con una inmensa ligereza al efectuar el contrato que consta en la escritura número 110, de 10 de abril de 1940" y el subdirector de edificios nacionales, declara que en aquel Ministerio se había expresado la idea de que "el Gobierno debe buscar la manera de hacer con el reclamante un arreglo amistoso, comprándole nuevamente los terrenos" (f. 15 y vuelto).

En tales condiciones, no puede admitirse que la parte demandada hubiera tenido "la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio", que así define el código civil la buena fe.

Así, pues, deberá pagar la Nación los frutos civiles que hubiera podido percibir el actor teniendo el lote o lotes en su poder, desde que la Nación los ocupó, el 10 de abril de 1940, según consta en la escritura pública número 110, de esta misma fecha, y citada anteriormente varias veces. Tales frutos, en su caso, serán liquidados según lo previsto en el artículo 553 del c. j., así como el valor del lote o lotes, ya que no se avaluaron dentro del juicio.

Cobra también el actor los perjuicios producidos por la destrucción de tres casas que existían en los lotes y "por la indebida ocupación, uso y usufructo de dichos lotes". Sobre lo cual basta observar que no hay prueba alguna de que la Nación hubiera derribado tales edificaciones y que, en vez de ello, hay prueba plena de que la causante, doña Petronila, al hacer promesa de venta a la Nación expresa que vende el terreno

"sin las casas que en él se encuentran edificadas" y se compromete a hacer demoler "las construcciones que se hallan en él y deberá tener el terreno limpio de todo despojo" para entregarlo (f. 4).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve revocar, como en efecto revoca, la sentencia apelada, y en su lugar resuelve:

Primero. Condénase a la Nación a pagar al demandante señor Emilio J. Sánchez, o a quien represente sus derechos, ejecutoriada esta sentencia, el siguiente inmueble, comprendido en los bienes de la sucesión de doña Petronila Coronado v. de Sánchez y por haberse expedido a favor de aquél el decreto de posesión efectiva de la herencia:

"Dos lotes de terreno ubicados en la calle tercera del plano de Barrancabermeja, lotes que forman un solo globo y que se hallan alinderados así: LOTE NUMERO UNO. Por el norte, calle pública por medio, con propiedades de Andrés A. Núñez; por el oriente, con propiedades que fueron de Esteban Robles; por el sur, con propiedades que son o fueron del mismo Andrés A. Núñez; y por el occidente, con propiedades que fueron de Félix

Lindado. LOTE NUMERO DOS. Por el norte, calle al medio, con propiedades de Andrés A. Núñez; por el oriente, con propiedades de Petronila Coronado, o sea con el lote número uno anteriormente deslindado; por el sur y por el occidente, con propiedades que fueron de Félix Lindado. Estos dos lotes abarcan un área de trescientos veintiocho metros con sesenta y cinco centímetros cuadrados (328.75 m²).

Segundo. Asimismo, condénase a la Nación a pagar al mismo demandante o a quien sus derechos represente, el valor de los frutos civiles que hubiera podido producir el inmueble descrito, desde el 10 de abril de 1940 hasta el día del pago.

Tanto el valor del terreno como el de sus frutos civiles, se liquidarán de acuerdo con el artículo 553 del código judicial.

Tercero. El demandante debe extender escritura pública a favor de la Nación, con el objeto de transmitirle sus derechos en el terreno de que se viene hablando.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — CUANDO PUEDE EJERCERSE ANTE LOS JUECES CIVILES POR DAÑOS OCASIONADOS POR UNA INFRACCION PENAL — NO DEBE FORMARSE CUADERNO SEPARADO PARA CADA PRUEBA QUE SE PRACTIQUE EN UN JUICIO ORDINARIO

1—No hay necesidad de formar cuaderno separado para cada prueba, pues lo que la ley establece es que “para las pruebas de cada parte, solicitadas durante los términos probatorios, se forma cuaderno separado” (art. 602 del C. J.).

Los incidentes sí deben ir en cuaderno separado, por ordenarlo el artículo 392 del código judicial.

De esta suerte, en un juicio ordinario no deben formarse más cuadernos que el de la tramitación general, el de las pruebas de la parte demandante, el de las pruebas de la parte demandada y el de cada incidente, según los preceptos citados.

2—Solamente al dictar el fallo que corresponda, es cuando los jueces de instancia han de darle el valor probatorio al concepto de los peritos, aceptándolo en lo que encuentren aceptable.

3—La acción civil, para la indemnización de perjuicios originados en una infracción penal, si bien subordinada, en principio, a la jurisdicción penal, puede ejercitarse ante los jueces civiles, aún en tratándose de que el responsable sea una persona natural, pues así se halla estatuido en el artículo 25 del código de procedimiento penal, al expresar que “si el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, PODRA EJERCER ANTE LOS JUECES CIVILES LA ACCION CORRESPONDIENTE, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil”.

Pero si no se trata de reclamar la indemnización del directamente responsable, sino de demandar de un tercero el resarcimiento de los daños, máxime cuando se trata de una persona moral o jurídica, por la falta de su agente, dependiente o empleado, es indispensable acudir a los jueces civiles, pues todos los preceptos legales (artículos

92 y siguientes del Código Penal y 24 y siguientes del de Procedimiento Penal), se refieren a la condena que deben hacer los jueces penales a pagar los autores de delito o culpa o cómplices necesarios o no necesarios, y no es posible que puedan dictarla contra terceros, personas naturales o morales, por el delito o culpa de sus representantes o dependientes, si no revisten aquella calidad de autores o de cómplices.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiocho de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente. Dr. Agustín Gómez Prada)

Ha venido a la Corte el juicio ordinario de CECILIA CEPEDA MENA contra el Departamento del Atlántico, por medio del cual aquélla le cobra a dicha entidad los perjuicios sufridos con la muerte de su hijo Pedro Gámez Cepeda, en apelación de dos providencias:

a) La de 11 de julio de 1950, en que se declara que el dictamen pericial rendido como prueba no está viciado de error grave; y

b) La de 9 de octubre del mismo año de 1950, en que se decide que no hay nulidad en el juicio, por los motivos alegados por la parte demandada “ni por ningún otro motivo”.

Tramitada la segunda instancia de tales providencias debe fallarse lo que se estime legal.

Irregularidades de forma. Antes de entrar al estudio de fondo del negocio, debe observar la Sala que no hay necesidad de formar cuaderno separado para cada prueba, pues lo que la ley establece es que “para las pruebas de cada parte, solicitadas durante los términos probatorios, se forma cuaderno separado” (art. 602 del c. j.).

Los incidentes sí deben ir en cuaderno separado, por ordenarlo el artículo 392 del código judicial.

De esta suerte, en un juicio ordinario no deben formarse más cuadernos que el de la trami-

tación general, el de las pruebas de la parte demandante, el de las pruebas de la parte demandada y el de cada incidente, según los preceptos citados.

Sobra añadir que la pulcritud debe ser la norma de presentación de las actuaciones y providencias y para ello conviene ponerles pasta o carátula a los cuadernos, con la indicación de su contenido.

El error grave del dictamen pericial

El apoderado de la actora pidió "que por medio de peritos se avalúen los perjuicios materiales y morales recibidos por la señora Cecilia Cepeda", por razón de la muerte de su hijo, para lo cual debían tener en cuenta las otras pruebas, especialmente la edad de dicha señora, el concepto de facultativos sobre la vida probable de la misma, su situación económica, la edad del hijo al morir y su vida probable si no hubiera muerto, el salario que devengaba y el que hubiera podido devengar, y los demás elementos que consideran necesarios (f. 28 del c. número 2).

El Tribunal decretó la práctica de la prueba solicitada y los peritos rindieron su dictamen de que los perjuicios sumaban la cantidad de \$ 28.280.00, o sea, \$ 26.280.00 como perjuicios materiales y \$ 2.000.00 como perjuicios morales (fls. 32 y 33 ibidem).

Al correrle traslado del dictamen lo objetó el señor Gobernador por error grave y alegó en lo pertinente al punto de que se trata, que los dos pesos diarios que según se afirma ganaba el joven Gámez sólo habrían podido alcanzar para el diario sostenimiento del hijo, ya que no se ha logrado demostrar que se ocupara en otros menesteres distintos a los de ayudante de chofer, que le produjeran rendimiento económico (f. 2 del c. número 3).

Las demás razones se refieren a la nulidad de lo actuado y quedarán contestadas al tratar de dicho punto.

Se considera:

No es el caso de decidir del mérito probatorio del dictamen, que debe apreciarse en la sentencia y solamente en ella, sino de considerar si las conclusiones de los peritos han sido sacadas en forma debida de los datos o pruebas de los cuales proceden, sin error grave que las invalide.

A propósito debe recordarse que el error con-

siste en la falta de adecuación o conformidad del juicio con la cosa que se juzga o aprecia, y que para ser grave ha de revestir tal entidad que, al estar debidamente comprobado, dé base para juzgar que ha influido en el concepto de los peritos hasta el punto de que, si no hubiera sido por tal error, el dictamen hubiera sido distinto (G. J. números 1953-54, página 148).

Los peritos apoyan su dictamen en el punto de que se trata —esto es, la cuantía de los perjuicios materiales— en la circunstancia de que la madre de la víctima era muy pobre; en que ésta ganaba dos pesos diarios y según algunos declarantes le pasaba su salario a aquélla; y el tiempo probable de vida, tanto de Gámez Cepeda como de su progenitora, se funda en conceptos médicos, según lo expresan los peritos.

Luego si con tales datos se procedió a fijar la cuantía de los mentados perjuicios materiales, puesto que a la de los morales no se hace observación alguna, no puede concluirse que hubieran incurrido en error grave al expresar su dictamen.

Por lo demás, y se repite, es solamente al dictar el fallo que corresponda, cuando los jueces de instancia han de darle el valor probatorio al concepto de los peritos, aceptándolo en lo que lo encuentren aceptable, pues por ahora lo único que se puede decidir es lo relativo al error de que se viene hablando, para decir que no existe, puesto que se basó en los datos que el proceso les ofrecía.

La nulidad de lo actuado proviene, en concepto de la parte demandada, de la circunstancia de que se ha incurrido en incompetencia de jurisdicción, "por ser el juez en lo penal a quien corresponde decidir acerca de la responsabilidad del homicidio, aunque éste haya sido involuntario", y no es procedente admitir "el ejercicio de la acción civil... independientemente de la penal".

Además, existe ilegitimidad de la personería adjetiva por parte de la demandante, pues debía haberse hecho reconocer en este juicio como heredera de su hijo para poder alegar carácter de causahabiente de éste.

Se considera:

De lo alegado se deduce que se confunde la acción civil por perjuicios con la acción penal, cuando la ley las distingue claramente al decir que "toda infracción de la ley origina acción penal y puede originar acción civil para la indemnización

de perjuicios" (art. 8º del c. de p. p.) y al tratar en capítulos separados de cada una de ellas.

La acción penal le corresponde a los jueces y magistrados en lo penal, ya que en el título segundo del código de la materia se señala la jurisdicción y se determina la competencia por razón del lugar y por la naturaleza del hecho.

En cambio, la acción civil, para la indemnización de perjuicios, si bien subordinada, en principio, a la jurisdicción penal, puede ejercitarse ante los jueces civiles, aún en tratándose de que el responsable sea una persona natural, pues así se halla estatuido en el artículo 25 del código de procedimiento, al expresar que "si el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no sé conformare con la sentencia en lo tocante a indemnización, **podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente**, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil".

Pero si no se trata de reclamar la indemnización del directamente responsable, sino de demandar de un tercero el resarcimiento de los daños, máxime cuando se trata de una persona moral o jurídica por la falta de su agente, dependiente o empleado, es indispensable acudir a los jueces civiles, pues todos los preceptos legales (arts. 92 y siguientes del código penal y 24 y siguientes del de procedimiento penal) se refieren a la condena que deben hacer los jueces penales a pagar los perjuicios contra los autores de delito o culpa o

cómplices necesarios o no necesarios, y no es posible que puedan dictarla contra terceros, personas naturales o morales, por el delito de culpa de sus representantes o dependientes, si no revisten aquella calidad de autores o de cómplices.

En el particular, lo único de que se puede hablar es de la obligada suspensión del proceso civil cuando se siga un proceso penal y el fallo que corresponda dictar en éste pueda influir en la solución de la controversia civil o administrativa (art. 11 del c. de p. p.). Pero de la dicha suspensión no se trata ahora.

En cuanto a la carencia de personería de la actora, por no haber sido declarada heredera, sólo cabe decir que no tiene asidero tal tesis, pues a quien reclama una indemnización por perjuicios le basta acreditar debidamente su calidad, sin que haya necesidad de previa declaración de heredero.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA las providencias de 11 de julio y de 9 de octubre del año pasado, dictadas en este proceso y de las cuales se ha venido hablando.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.



ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiocho de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Ante el Tribunal Superior de Manizales promovió demanda ordinaria contra la Nación el doctor Roberto Ramírez Duque, en calidad de apoderado del señor Marco Mejía R., a fin de que aquella entidad fuese condenada a pagarle a su poderdante la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00) por los perjuicios sufridos a consecuencia de los hechos que en seguida pasan a sintetizarse:

1) El 17 de enero de 1949 el camión distinguido con la placa N° 0027, matrícula de Caldas, se estrelló contra la Bomba de Gasolina situada en el punto denominado "La Marina", jurisdicción del Municipio de Salamina, Departamento de Caldas, destruyendo totalmente las instalaciones y dotaciones en ella existentes y lesionando al señor Alberto Marín, empleado del establecimiento;

2) El camión que causó tales perjuicios era de propiedad de la Nación y estaba manejado por un conductor al servicio de las carreteras nacionales, zona de Caldas; y

3) El señor Marco Mejía R. era propietario, en asocio del señor Luis Eduardo Zapata, de la citada Bomba de Gasolina.

Tramitado debidamente el juicio con audiencia del representante de la Nación, el Tribunal del conocimiento falló el asunto por sentencia de fecha cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta, sentencia por la cual se absolvió a la entidad demandada de los cargos que se le habían formulado en el libelo, con fundamento en que no se había demostrado el hecho de que los daños causados lo hubiesen sido por la volqueta número 0027, como tampoco la propiedad que el demandante dijo tener sobre el inmueble.

Apelado el fallo en cuestión por la parte actora y agotada la tramitación correspondiente en esta Sala, se procede a resolver el recurso mediante las siguientes consideraciones, teniendo en cuenta las nuevas pruebas aportadas a esta instancia:

Ya dentro de esta etapa procesal se ha acreditado que la destrucción de la Bomba de Gasolina

a que se refiere la demanda fue debida al camión de matrícula o placa N° 0027. En este sentido, el señor Leonidas Castaño Gutiérrez declara:

"Es absolutamente cierto que el día diez y siete de enero de mil novecientos cuarenta y nueve me hallaba yo en esta ciudad; asimismo es cierto que tuve conocimiento de que un camión, en las primeras horas de ese día (17 de enero de 1949), había destruido en esos momentos la bomba 'Los Piconeros', de propiedad del nombrado Marco Mejía R. De la misma manera es absolutamente cierto que al tener yo conocimiento del siniestro en referencia me trasladé a la bomba mencionada y pude establecer que en realidad el camión de placa número 0027 acaba (sic) de destruir la bomba, las edificaciones y los artículos del almacén de aceites y repuestos existentes allí". (f 15 del cuad. N° 4).

Y el testigo Rafael Valencia C., después de referir que en las primeras horas del 17 de enero de 1949 tuvo conocimiento de lo ocurrido en la bomba de 'Piconeros', agrega:

"Igualmente es cierto que, al tener noticia del siniestro, me trasladé de esta ciudad (se trataba de Salamina) al sitio de la bomba en referencia y pude establecer que en realidad el vehículo que he citado, con placa número 0027, acaba (sic) de destruir la bomba, las edificaciones, las instalaciones y los artículos del almacén de aceites y repuestos" (fs. 15 v. y 16 del cuad. N° 4).

También puede aceptarse que el camión causante de los daños era de propiedad de la Nación, pues la Dirección de Circulación y Tránsito de Manizales certifica "que en el libro de matrículas figura el camión distinguido con las placas 0027 a nombre del Ministerio de Obras Públicas" (f. 2 del cuad. N° 1).

En cambio, lo que no está comprobado es que la Bomba de Gasolina, con sus instalaciones y los servicios del establecimiento fuera de propiedad del demandante en asocio del señor Luis Eduardo Zapata, como se afirmó categóricamente en uno de los hechos del libelo.

En efecto, el propio actor presentó con su demanda un contrato de promesa de venta de fecha 2 de junio de 1948, en que aparece que Hernando Mejía Bernal se obligó a vender a Luis Eduardo

Zapata y Marco Mejía por la suma de seis mil pesos (\$ 6.000.00), y debiendo correrles escritura pública dentro de los siete meses siguientes, "un lote de terreno situado en la jurisdicción del Municipio de Salamina, en la finca denominada 'La Marina', con todas sus mejoras y anexidades, cuales son una casa de habitación, denominada 'Piconeros', **una bomba de gasolina con sus accesorios...** y demás anexidades", todo por determinados linderos que en el documento se expresan. Mas a estos autos no se ha traído la prueba necesaria sobre que la venta prometida se llevara a cabo antes de la época en que ocurrió la destrucción de la Bomba de Gasolina en referencia; por el contrario, en certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Salamina se hace constar que dentro de los linderos correspondientes a la finca denominada "La Marina", de propiedad de Hernando Mejía Bernal, "se encuentra una casa con destino a servir de cantina, y una bomba de gasolina adyacente a esa casa, lugar que en enero de 1951 se le abrió la matrícula N° 7327, al folio 212 del Tomo 24 del Libro de Matrículas de Salamina con el nombre de 'Los Piconeros', **adquirida esta parte por Marco Mejía R. y Distribuidora de Leche Limitada por compra hecha al señor Hernando Mejía Bernal según escritura N° 803 de 6 de octubre de 1950 de la Notaría de Salamina, registrada el 20 de enero de 1951...**" (f. 9 v. del cuad. N° 4).

De esta suerte, el señor Procurador Delegado en lo Civil tiene razón al afirmar, como lo hace en su alegato ante esta Sala, que según tales prue-

bas no cabe sino una de estas conclusiones: o que se está reclamando una indemnización por perjuicios causados en propiedad ajena (la del señor Hernando Mejía Bernal), o que se pretende la reparación de un nuevo establecimiento de que es condueño el demandante pero que nada tiene que ver con el accidente del 17 de enero de 1949, pues fue adquirido por el señor Marco Mejía R. y la Distribuidora de Leche Limitada con posterioridad a tal siniestro.

Por último, no habiéndose probado que la Bomba de Gasolina destruida en enero de 1949 fuera de propiedad del demandante, tampoco hay lugar a que aquí se le paguen los gastos que hiciera con motivo de las heridas o lesiones que sufrió uno de los empleados del establecimiento.

Y en mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Manizales el cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta.

Las costas del recurso son de cargo del apelante.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE QUE UNAS TIERRAS Y LOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS QUE SE ENCUENTREN EN SU SUBSUELO, SON DE PROPIEDAD PARTICULAR — ALCANCE DE LA REDENCION DE CENSOS EN FAVOR DE MANOS MUERTAS

Como lo dijo la Corte, “En primer lugar las fincas gravadas con censos en favor de manos muertas no podían ocuparse por los administradores de bienes desmortizados sino en el caso especial previsto por el artículo 6º de la Ley 41 de 29 de mayo de 1864, caso que no se ha demostrado fuera el del censo redimido en 1865. Y en segundo término, el alcance de esa redención no podía ser otro que el de libertar la finca gravada, para suprimir las trabas que tal sistema implicaba para el desarrollo de la propiedad inmueble. Por esto si los títulos de la finca no eran idóneos respecto del Estado, la redención del censo en el tesoro no regularizaba dicha situación, máxime cuando para su inscripción en los libros de registro sólo se exigía la escritura de reconocimiento (artículo 32 del Acuerdo de 24 de octubre de 1861 sobre contabilidad de bienes de manos muertas)”. (G. J., ns. 2077-2078, pág. 836).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiocho (28) de marzo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En la demanda con que se inició el presente juicio ordinario contra la Nación, ante el Tribunal Superior de Barranquilla, el doctor Clemente Salazar Movilla, en calidad de apoderado del señor Miguel A. Ruiz (fs. 1 del cuad. Nº 1 y 1 a 5 del cuad. Nº 2), formuló las siguientes textuales peticiones:

“Primera. Que el globo de tierras conocido con el nombre de ‘Nuestra Señora del Rosario de Aguaviva o Casamayor’, constante de diez (10) caballerías de tierra, según consta de la escritura de redención de censo distinguida con el número 25 de fecha 31 de agosto del año de 1868 de la Provincia de Sabanalarga, y ubicado en los Municipios de Usiacurí, Piojó y Sabanalarga, alinde-

rado así: ‘Por Usiacurí: loma de Periquito, en línea recta al Copé, llamamiento hacia las tres partes de Piojó, tierras de Saco y tierras de Casamayor o Aguaviva, haciendo esquina en el mamón Salado que demarca las tres propiedades, esto es, tierras de Piojó, tierras de Saco y tierras de Casamayor; de aquí línea recta al Estribo, como a una legua de Piojó a un bongo, linderio fijo y siempre en línea recta al mamón de los Calvarios, atravesando el camino de ‘Hibacharo’ que va para Usiacurí y siguiendo las líneas por las faldas del Gallinazo; de aquí a Arroyo Barro y los Macondos, luego a Cedro Grande que hace esquina siguiendo las faldas de Juan del Toro, camino del Palmar dentro y fuera a la legua de Molinero, lindando con arroyo de Piedra, haciendo llamamiento a la misma legua, siguiendo en línea recta al antiguo trapiche de Faustino Estrada, de aquí al palo de Cañafistola, siguiendo a Granadillo, luego a las faldas de Sierra de Hicoitea, de aquí al Doncello Grande que sigue a la Cruz de Guayabo y línea recta a la citada loma de El Periquito” es de propiedad particular del señor Miguel A. Ruiz tanto en la parte superficial como en el subsuelo, perteneciéndole de consiguiente los petróleos, hidrocarburos y sus derivados que en dicho subsuelo se encuentran, por virtud de actos traslativos de dominio del Estado con anterioridad a la fecha en que la Nación Colombiana hizo reserva legal del subsuelo y los petróleos y sus derivados que en él se encuentran.

“Segunda. Que como secuela de la declaración anterior, la Nación carece de derecho para aceptar, como lo hizo, por Resolución de fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), la propuesta de contrato sobre explotación con taladro y explotación de petróleos de propiedad nacional formulada el 19 de enero de 1943 por el doctor León Cruz Santos, en su carácter de Gerente en ejercicio de la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos, referente a un glo-

bo de tierra de 48.800 hectáreas de extensión superficial ubicada en jurisdicción de los Municipios de Candelaria, Sabanalarga, Manatí, Usiacurí y Palmar de Varela, en el Departamento del Atlántico, extensión dentro de la cual se comprende parte del globo de 'Nuestra Señora del Rosario de Aguaviva o Casamayor'. El aviso correspondiente a dicha propuesta corre publicado en el Diario Oficial N° 25461 de 3 de febrero de 1944".

En subsidio de la petición primera, formuló también el apoderado la que sigue:

"Que el señor Miguel A. Ruiz es propietario del mencionado globo de tierra conocido con el nombre de Nuestra Señora del Rosario de Aguaviva o Casamayor, tanto de la superficie como del subsuelo, y de consiguiente de los petróleos, hidrocarburos y derivados que allí se encuentren, en virtud de actos sucesivos de posesión material e inscrita realizados por los anteriores propietarios, en época en que el fenómeno de la prescripción adquisitiva de dominio se cumplía contra la Nación, y por ser hoy Miguel A. Ruiz sucesor legítimo de los antiguos propietarios".

Como fundamentos de hecho, el personero del demandante expresó los que pasan a sintetizarse:

a) El señor Carlos Fernández de Casamayor, "en su condición de censalista", fue dueño del globo de terreno llamado Nuestra Señora del Rosario de Aguaviva o Casamayor, según declaración que aparece consignada en la escritura N° 264 de 10 de noviembre de 1853 de la Notaría de Cantón de Cartagena; y lo vendió por esa misma escritura al señor Luis José Cabarcas (hecho 1°);

b) El señor Luis José Cabarcas vendió el expresado terreno al señor Antonio María Ripoll, quien redimió el gravamen que pesaba sobre él, como consta en la escritura N° 25 de 31 de agosto de 1868 de la Notaría de la Provincia de Sabanalarga, y en las diligencias del juicio ejecutivo seguido por la Agencia Especial de Bienes desamortizados (Capellanía y Patronato de la ciudad de Cartagena), diligencias protocolizadas por medio de la escritura N° 861 de 25 de septiembre de 1945 de la Notaría de Cartagena (hecho 2°);

c) Después de otras sucesivas tradiciones de dominio (hechos 3°, 4° y 5°), el señor Willem Tell Pietersz, que había adquirido el globo en cuestión del señor Luis Gieseken Conde, lo vendió al demandante Miguel A. Ruiz, según escritura N° 965 de 30 de junio de 1943 de la Notaría Primera de Barranquilla.

El Tribunal de Barranquilla, luego de tramitado el negocio en debida forma, con audiencia del se-

ñor Fiscal de la Corporación, lo falló mediante sentencia de veintitrés de enero de mil novecientos cuarenta y ocho, por la cual se declaró probada la excepción de "carencia de acción" por parte del actor y se absolvió a la Nación de los cargos de la demanda.

Para llegar a este resultado, el Tribunal hizo algunas consideraciones acerca de las pruebas allegadas a la primera instancia por el demandante, pero sobre todo estimó que "la falta del título registrado, por el cual dice el señor apoderado de Miguel A. Ruiz adquirió éste el dominio sobre la tierra denominada Nuestra Señora del Rosario de Aguaviva, no lo capacita para obtener las declaraciones principales que solicita ni la subsidiaria de prescripción adquisitiva a su favor".

Apelada la sentencia en cuestión por la parte demandante, y agotada como se encuentra ya la tramitación de ésta segunda instancia, se procede ahora por esta Sala de la Corte a resolver lo que en definitiva corresponda, a la luz de los distintos elementos de juicio aportados al proceso.

Los títulos actuales

A pesar de las observaciones del Tribunal en su sentencia, a este negocio no se ha traído copia de la escritura N° 965 de 30 de junio de 1943 de la Notaría Primera de Barranquilla, por medio de la cual se dice que el actor adquirió del señor Willem Tell Pietersz el globo de terreno a que se refiere la demanda. Ni puede aceptarse como bastante a este respecto lo que reza el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Sabanalarga de fecha 2 de julio de 1944 (fs. 29 a 31 del cuad. N° 2), pues de acuerdo con el artículo 2675 del Código Civil, tales certificados sólo pueden admitirse como prueba supletoria del título en las circunstancias de que allí se trata, circunstancias que no se han dado en el presente caso.

Así pues, y aunque el demandante ha exhibido otras escrituras relacionadas con la tradición anterior del inmueble, ha dejado de probar debidamente uno de los hechos indispensables para la viabilidad de su acción (el hecho 6°, al final), lo que ya de suyo es un obstáculo para que ésta pudiera prosperar.

Los títulos emanados del Estado

Como prueba de la propiedad privada del terreno y sus petróleos, considera el demandante

que son títulos idóneos los siguientes: a) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cartagena de 10 de junio de 1868, que aparece publicada en la Gaceta de Bolívar N° 579 de 20 de septiembre del mismo año, según copia tomada extrajuicio de dicha Gaceta por el Juez Primero Civil del Circuito de la expresada ciudad (fs. 1 v. a 2 v. del cuad. N°); sentencia en la cual consta que se aprobó en todas sus partes la del Juez de la Provincia de Sabanalarga de 8 de febrero de 1868 “declarando apropiados los terrenos de Santa Cruz, Ibacharo, Luruaco, Agua Viva, Arroyo de Piedras y Sabalo, en las partes en ella mencionadas”, dentro de los autos “seguidos con el Ministerio Público por el señor doctor Nicolás Manotas como apoderado de los señores Antonio María Ripoll, Catalina González, Presbítero Anselmo del Castillo y otros”; y b) la Escritura N° 25 de 31 de agosto de 1868 de la Notaría de Sabanalarga, en que aparece que el Gobernador de la Provincia Teodosio Moreno canceló el gravamen de un censo que pesaba sobre el terreno deslindado en la demanda de este juicio, por haberle comunicado el Agente General de Bienes Desamortizados “que ha sido redimido en el Tesoro Nacional el capital de setecientos veinte pesos, que al cinco por ciento anual reconocía en diez y ocho caballerías de tierras nombradas ‘Nuestra Señora del Rosario de Agua Viva, en la jurisdicción de los distritos de Piojó y Usiacurí, el señor Antonio Ma. Ripoll, a favor de un ramo de capellanías que disfruta Carlos Fernández de Casa Mayor’”.

Sobre las mencionadas pruebas, se observa:

1º—Aunque puede colegirse que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cartagena de 1868 se dictó con fundamento en la ley de 10 de octubre de 1867 del Estado Soberano de Bolívar, para la Corte esa providencia por sí sola no demuestra la propiedad privada del terreno sobre que versa este litigio, puesto que no conociéndose el fallo del Juez de la Provincia de Sabanalarga, tampoco se puede saber la determinación o linderos de las tierras que apenas nombra el Tribunal.

2º—Y en cuanto a la escritura N° 25 de 1868, no es menos cierto para la Corte que la declaración oficial que allí aparece no es prueba de dominio privado, como en otra oportunidad similar lo ha expresado esta Sala. “En primer lugar —se dijo entonces— las fincas gravadas con censos en favor de **manos muertas** no podían ocuparse por los administradores de bienes desamortizados sino en el caso especial previsto por el artículo 6º de la

ley 41 de 29 de mayo de 1864, caso que no se ha demostrado fuera el del censo redimido en 1865. Y en segundo término, el alcance de esa redención no podía ser otro que el de libertar la finca gravada, para suprimir las trabas que tal sistema implicaba para el desarrollo de la propiedad inmueble. Por esto si los títulos de la finca no eran idóneos respecto del Estado, la redención del censo en el tesoro no regularizaba dicha situación, máxime cuando para su inscripción en los libros de registro sólo se exigía la escritura de reconocimiento (artículo 32 del Acuerdo de 24 de octubre de 1861 sobre contabilidad de bienes de manos muertas)”. (GACETA JUDICIAL Nos. 2077-2078, pág. 836).

Consideraciones finales

El señor Procurador Delegado en lo Civil le hace algunos reparos a la inspección ocular practicada en este juicio por el Tribunal Superior de Barranquilla (fs. 34 a 38 v. del cuad. N° 8), especialmente en cuanto al valor de los testimonios allegados para la determinación o identificación del terreno; pero teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, a la Corte le basta con anotar que los peritos que concurren a aquella diligencia conceptuaron, en su dictamen de folios 41 a 42 v., que el terreno de la demanda se superpone en el de la propuesta 131 en dos pequeños triángulos, uno de 150 hectáreas y otro de 50, cuestión alegada para los fines del inciso 5º del artículo 5º de la ley 160 de 1936.

No sobra agregar, respecto de los “actos sucesivos de posesión material e inscrita” invocados como fuente de dominio privado, que la circunstancia de no haberse probado en debida forma la propiedad actual del demandante, hace totalmente innecesario que la Corte se ocupe de este planteamiento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha veintitrés de enero de mil novecientos cuarenta y ocho.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

Págs.

SALA PLENA

Inexequibilidad del artículo 25 (inciso 3º) de la Ley 58 de 1931, sobre sociedades anónimas.—El precepto de que nadie podrá ser condenado sino por tribunal competente y mediante el lleno de las formas propias de cada juicio, no significa que de todas las infracciones deba conculer necesariamente la Rama Jurisdiccional.—En qué consiste la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.—Cuándo existe pena de confiscación.—El derecho penal disciplinario sólo regula el normal funcionamiento o disciplina interna de las entidades de derecho público y su fin es corregir a los funcionarios cuando infringen los deberes de sus cargos.—La Corte declara que es inexequible el inciso 3º del artículo 25 de la Ley 58 de 1931, por el cual se dispone que el Gerente y miembros de la administración de una sociedad anónima, que, en contra de lo preceptuado en el inciso 1º del mismo artículo, y sin llenar los requisitos establecidos por el inciso 2º, negociare con acciones de la compañía de la cual es gerente o miembro de la administración, perderá todas sus acciones, a favor de la dicha compañía anónima, previa decisión de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, a petición de cualquier persona.—Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 311

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de simulación.—Soberanía de los tribunales de instancia, en la apreciación de la prueba indiciaria.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Tránsito Matiz y otro, contra Josué Trino y Manuel J. Matiz.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía.—..... 317

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con la declaración administrativa de caducidad de un contrato de arrendamiento.—Técnica de casación.—Requisitos de la demanda cuando la acusación es por error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas.—En el juicio ordinario que contra el Municipio de Manizales siguió Roberto Rodas, no se casa la sentencia profirida por el Tribunal Superior de la misma ciudad. — Magistrado ponente, Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 322

Acción reivindicatoria.—Requisitos para que se cumpla la accesión por aluvión.—Para la distribución de una isla nueva, no se tiene en cuenta la proximidad de islas ya existentes, sino únicamente la cercanía a cada una de las riberas.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Ibagué profirió en el juicio ordinario que María Francisca Rivas de Medina siguió contra Modesto Vergara y contra la sucesión de Víctor Bocanegra, sentencia absolutoria de los demandados. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 327

El nombre o firma social no es esencial al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles.—No casa la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Cali puso término a la segunda instancia del juicio ordinario que Tulio Reyes siguió contra Luis Felipe Campo, sobre indemnización de perjuicios.—Magistrado ponente, Dr. Rodríguez Peña 326

Acción reivindicatoria.—En casación son inadmisibles los medios nuevos.—Alcance del artículo 34 de la Ley 63 de 1936.—La estipulación para otro excluye por esencia toda idea de representación.—Las prestaciones mutuas en la reivindicación y las restituciones recíprocas en la nulidad, son com-

plemento obligado de la acción misma.—
 Cuáles mejoras deben ser abonadas al poseedor vencido.—Cuándo puede prosperar el recurso de casación por incongruencia entre lo demandado y lo decidido.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el juicio ordinario seguido por Ernesto Amézquita y otros contra Jesús María Plaza.—Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas .. 345

Simulación de persona y mandato sin representación.—El estado civil de las personas queda sometido a la ley colombiana, aunque los actos constitutivos del mismo se realicen en el extranjero, para los efectos que se han de producir en Colombia.—La declaración oficiosa de nulidad de un matrimonio, sólo produce efectos inter partes; la declaración hecha a consecuencia de demanda expresa de nulidad, produce efectos erga omnes.—Esto no significa que los efectos de la declaración oficiosa se limiten al juicio en que aquélla se haga.—La acción de simple separación de bienes es jurídicamente imposible cuando el matrimonio es absolutamente nulo.—La confesión del gerente o administrador de una sociedad sólo prueba contra ésta, pero no contra los socios, personas distintas de la sociedad.—Casa la Corte sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió en el ordinario que sobre reivindicación y sobre separación de bienes entre demandante y demandada, siguió el doctor César Neira Borda contra María del Carmen Saccone. — Magistrado ponente, Dr. Alberto Holguín Lloreda 351

Acción de simulación.—Apreciación de indicios.—Prueba pericial.—En el juicio ordinario que Dora Soler de Quimbayo siguió sobre el objeto expresado, contra Gertrudis Soler de Morales, no casa la Corte la sentencia por la cual el Tribunal de Ibagué revocó la proferida en primera instancia por el Juez Civil del Circuito del Espinal y, en su lugar, absolvió a la demandada, de todos los cargos de la demanda.—Magistrado ponente, Dr. Pablo Emilio Manotas 369

El que el comprador no haya recibido todo lo

que adquirió, no significa que no se haya perfeccionado el contrato de compraventa.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, confirmatoria de la de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, que negó las peticiones de la demanda principal y de la de reconvencción, en el juicio ordinario seguido por D. W. Onan & Sons contra Francesconi Hermanos, y por éstos contra aquéllos, en demanda de reconvencción, sobre que la sociedad de Francesconi Hermanos debe a la otra unas sumas de dinero. — Magistrado ponente, Dr. Gerardo Arias Mejía 377

Acción de nulidad de un testamento.—La capacidad para celebrar un contrato o ejecutar un acto jurídico no necesita ser demostrada concretamente, por medio de pruebas, porque la ley la presume.—El juzgador no está obligado a fijar, sin discriminación alguna, el valor de plena prueba a un peritazgo, aunque aparezca explicado y debidamente fundamentado.—En el juicio ordinario que Juan Ignacio Andrade y otras siguieron contra Carlos Leonidas Andrade y contra otros, sobre nulidad absoluta del testamento cerrado otorgado por la señorita Magdalena Andrade Charry, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva.—Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 381

Acción de indemnización de perjuicios.—Noción de culpa civil.—Cuándo hay responsabilidad directa de las personas jurídicas.—La Corte casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Eduardo López Pumarejo contra el Banco Central Hipotecario.—Magistrado ponente, Dr. Gerardo Arias Mejía 388

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con una denuncia penal infundada.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Hernán Vélez Lalinde contra Luisa Sánchez de Pérez.—Magistrado ponente, Dr. Alberto Holguín Lloreda 397

Págs.

Págs.

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con una denuncia criminal.—El solo hecho de que se haya dictado sobreseimiento definitivo en favor del denunciado, no es suficiente para acreditar responsabilidad civil del denunciante por daños ocasionados al formular la denuncia.—En el juicio ordinario que Domingo Casalins siguió contra "Sabas y Enrique Figueroa G. Limitada", no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla.—Magistrado ponente, Dr. Gerardo Arias Mejía 404

Acción resolutoria de un contrato de promesa de contrato.—La promesa de celebrar un contrato es, cuando las partes se obligan recíprocamente, una verdadera convención bilateral, y a ella es aplicable el artículo 1546 del Código Civil.—Las dos acciones que confiere este artículo, son dos acciones principales, jurídicamente inconciliables y, por consiguiente, no pueden ejercerse ambas a la vez.—Casa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario que siguió el Presbítero Teodoro Sánchez contra Isaías Camacho, y revocando la de primera instancia, absuelve al demandado de los cargos que le fueron formulados.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda. 408

Cuándo en casación puede variarse la apreciación que los juzgadores de instancia hicieron de la prueba testimonial en la hipótesis regulada por el art. 702 del Código Judicial.—La Corte no infirma la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario que sobre liquidación de una sociedad de hecho entre concubinos, siguió Lucila Vélez contra Manuel Salvador Toro.—Magistrado ponente, Dr. Alberto Holguín Lloreda 412

La acción que tiene el dueño de una cosa ocupada por otro que no se la entrega pero que no desconoce el dominio de aquél, no es una verdadera acción reivindicatoria.—En el juicio ordinario que sobre reivindicación siguió Serafín Riaño contra Marcelino Téllez y otra, no se casa la sentencia por la

cual el Tribunal Superior de Bogotá revocó la proferida en primera instancia por el Juez del Circuito Civil de Fusagasugá, y en su lugar, absolvió a los demandados, porque encontró probada la excepción perentoria de falta, de personería sustantiva de esta parte.—Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 416

Sociedades de hecho.—Restricción de la prueba testimonial para los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos.—Esta restricción se refiere a los hechos jurídicos.—Causal segunda de casación. — La Corte niega la casación de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario que Rosendo López Espitia siguió contra Ana Gil de Bernal y contra Gregorio Bernal.—Magistrado ponente, Dr. Rodríguez Peña 420

La acción ejercida en un juicio no debe desestimarse por falta de prueba de hechos que no van a ser objeto del pronunciamiento ni lo han sido de controversia entre las partes. Objeto y alcance de la liquidación provisional autorizada por el art. 7º de la Ley 28 de 1932.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario que Dolores Montoya siguió contra Ciro Cañón y contra Pedro Pablo Gómez, sobre nulidad de un contrato.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 430

Acción reivindicatoria.—Prueba del dominio sobre inmuebles.—No casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Carlos Julio Rubiano contra Blanca Cúberos de González.—Magistrado ponente, Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 441

Rescisión de un contrato de compraventa, por lesión enorme.—La rescisión de la venta por causa de lesión enorme, no tiene lugar en las compraventas aleatorias.—En la rescisión de un contrato por este motivo, el único factor que es materia de disputa y que viene a ser esencial en la litis y en el fa-

llo de la controversia, es si efectivamente la cosa fue vendida por un precio írrito, que ha venido a irrogar un perjuicio manifiesto en el patrimonio del contrayente que la ha padecido.—No puede, pues, tenerse en cuenta si los títulos son defectuosos, en el momento de la venta, con respecto al inmueble materia de la enajenación.—Por regla general, en la acción de rescisión por lesión enorme, no juega la debida comprobación del derecho de dominio que tenga el vendedor sobre el inmueble que fue materia de la convención.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Ernestina Valencia contra Vicente Arbeláez.—Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 447

Acción reivindicatoria.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, proferida en el juicio ordinario que Juan Bautista Hoyos siguió contra Luis Felipe Medina. — Magistrado ponente, Dr. Gerardo Arias Mejía 455

Acción reivindicatoria.—En el juicio ordinario que Obdulia Román de Hincapié siguió contra Moisés Brito Arias y contra Ramón Brito, no se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Buga confirmó la de primera instancia proferida por el Juez Civil del Circuito de Sevilla, absolutoria de los demandados.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 458

La causal 7ª de casación sólo puede referirse a la abstención de conocer por incompetencia de jurisdicción.—No casa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en el juicio que Hipólito Londoño M. siguió contra Federico Vásquez Uribe y contra otros.—Magistrado ponente, Dr. Alberto Holguín Lloreda 462

Para desvirtuar entre las partes contratantes el contenido de un instrumento público, se requiere otro escrito emanado de las mismas.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio seguido por Tulia Vélez Pérez contra Sole-

dad Vélez de Vallejo y contra otro, sobre simulación de un contrato de compraventa y sobre otras declaraciones.—Magistrado ponente, Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez .. 467

Acción de indemnización de perjuicios.—Influencia del fallo penal en el juicio civil.—Su alcance.—En el juicio ordinario que Antonio María González siguió contra Raúl Benítez V. y contra Félix M. Escobar, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira.—Magistrado ponente, Dr. Rodríguez Peña 481

Cuándo es procedente la causal segunda de casación.—Requisitos para que pueda ejercerse la acción de lanzamiento.—El hecho de habitar un inmueble, no es por sí solo indicativo de posesión material, salvo que el ocupante ostente un título de aquellos que de suyo legitiman la posesión.—Tampoco es signo de ésta el que quien recibió la cosa a título de mera tenencia, se niegue luego a restituirla. — La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario que el Presbítero José Miguel Agudelo siguió contra Juan Agudelo.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 491

Obligaciones del vendedor en la compraventa comercial.—En materia comercial, la entrega de la cosa vendida puede ser real o simbólica.—Cuándo se entiende verificada la entrega simbólica.—La transmisión de la factura tiene toda la trascendencia de una tradición o entrega virtual de los efectos relacionados en ella. — Responsabilidad del vendedor por vicios de la cosa. La fijación de los términos por el Código de Comercio, para que el comprador presente reclamos por vicios de la cosa, no constituye obligación perentoria para él.—En el juicio ordinario que Marco A. Pico siguió contra Manuel Neira M., sobre que el demandado está en mora de cumplir las obligaciones de un contrato de compraventa celebrado entre los mismos, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga. — Magistrado ponente, Dr. Pablo Emilio Manotas 502

Págs.

Págs.

Acción negatoria de servidumbre. — El demandante en esta acción, sólo debe probar su derecho sobre el predio.—A la contraparte es a quien corresponde demostrar la existencia de la servidumbre.—Medios nuevos en casación.—La acusación por errónea interpretación de un contrato, debe hacerse en casación por error de hecho.—El juzgador no queda vinculado por el segundo dictamen pericial, cuando se practique un peritazgo en cada instancia y ambos sean igualmente fundamentados y explicados, sino que puede escoger entre los dos o también desecharlos ambos. — Nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva. — Quién puede solicitar su declaración o proponerla como excepción.—Perjuicios civiles.—Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Popayán profirió en el juicio que Mario Tomás Mosquera siguió contra la "Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A." — Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 512

SALA DE CASACION PENAL

Delito de abuso de autoridad (Demoras en resolver unas solicitudes de libertad).—Si el hecho se debe a fuerza mayor, no puede haber responsabilidad por parte del acusado.—Confirma la Corte la providencia por la cual el Tribunal Superior de Pereira ordenó cesar todo procedimiento contra el Dr. Moisés Marín Flórez, por cargos de abuso de autoridad como Juez Superior de la misma ciudad.—Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre 524

Causal 3ª de casación.—Cuando en el juicio intervino el jurado, la acusación con fundamento en esta causal debe hacerse por desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, y no por desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder.—El homicidio ultraintencional no excluye la riña. — Concurso ideal o formal de delitos.—Se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pasto condenó a Malquisedec Landázuri como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales en Jacinto y Francisco Landázuri, respectivamente.—

Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre 527

Cuándo es causal de impedimento el parentesco con el apoderado o defensor de una de las partes.—Declara la Corte que no es legal el impedimento manifestado por el doctor Rafael Cuervo, para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Neiva, de un proceso contra Francisco Liscano Sánchez. — Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 532

Solicitud de extradición de un ciudadano ecuatoriano.—La Corte emite concepto favorable a la solicitud de extradición de Gilberto Pacheco Benitez, solicitada por la Embajada del Ecuador en Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre 533

La omisión del reparto o la violación de las normas que lo regulan no originan nulidad por incompetencia de jurisdicción.—Razones por las cuales la causal segunda de casación es improcedente en juicios en los cuales intervino el jurado.—Requisitos para que sea aplicable la atenuante de la ira o el intenso dolor, regulada por el artículo 28 del Código Penal.—La provocación debe ser simultáneamente grave e injusta.—Las ofensas deben guardar alguna relación con el motivo determinante del acto.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Santo Rosa de Viterbo condenó a Nicodemus Martínez como responsable del delito (tentativa) de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez ... 536

Delito de detención arbitraria.—Requisitos para que los miembros del cuerpo de policía puedan gozar de los privilegios o prerrogativas que, en lo tocante con su detención, les concede la ley. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona, en favor del doctor Juan B. Serrano, por cargos de detención arbitraria como Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña.—Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez ... 546

Impedimentos.—Por ser el Agente del Ministerio Público pariente del defensor del pro-

Págs.

Págs.

cesado.—Decide la Corte que en el doctor Jorge Salazar no concurre impedimento para actuar como Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla en un proceso contra Pedro Consuegra Barrios. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez 550

Las referencias que la Ley 84 de 1931 hacía al Código Penal común, deben entenderse hechas al nuevo Código, a partir de la vigencia de éste.—Requisitos para que la obediencia a la orden superior en materia militar constituya causal de justificación del hecho.—Invalida la Corte la sentencia proferida por el Comando de la Brigada de Institutos Militares en el proceso contra el Teniente Coronel Juan A. Sarmiento por delitos contra la seguridad interior del Estado, la tranquilidad y el orden público.—Magistrado ponente, Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 552

Se dirime una colisión de competencias entre dos jueces municipales pertenecientes a distintos distritos.—Competencia para conocer de la infracción prevista por el artículo 2º del Decreto 1858 de 1951.—Dirime la Corte la colisión surgida entre el Juez Penal Municipal de Anserma y el Juez 3º Penal Municipal de Pereira, para conocer de un proceso contra José J. Giraldo.—Magistrado ponente, Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 566

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción declarativa de que unos yacimientos petrolíferos son de propiedad nacional.—Confirma la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que la Nación siguió contra la Richmond Petroleum Company of Colombia.—Magistrado ponente, Dr. Luis A. Flórez 568

Acción reivindicatoria.—En el juicio ordinario que contra la Nación y contra la compañía "Industrias Puracé, S. A.", siguió la Parcialidad de Indígenas de Puracé, se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Popayán. — Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles 570

Oposiciones a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional.—Necesidad de que los terrenos se hallen identificados, para que prospere la oposición.—La Corte declara infundadas las oposiciones hechas por Mariano Mejía y otros, a la propuesta n. 174 formulada por Compañía de Petróleos "Las Cumbres de Colombia".—Magistrado ponente, Dr. Rafael Leiva Charry 606

Acción reivindicatoria. — Representación en juicio de las personas naturales, después de su muerte. — Cuándo son admisibles las pruebas supletorias. — Decreto de posesión efectiva de la herencia.—Este decreto confiere a los herederos conjuntamente facultades dispositivas respecto de los bienes herenciales.—Facultades que confiere al comprador la adquisición de derechos en una sucesión.—En el juicio ordinario sobre reivindicación, seguido por Emilio J. Sánchez contra la Nación, se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 622

Acción de indemnización de perjuicios. — Cuándo puede ejercerse ante los jueces civiles por daños ocasionados por una infracción penal.—No debe formarse cuaderno separado para cada prueba que se practique en un juicio ordinario.—Se confirman las providencias proferidas por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido contra el Departamento del Atlántico por Cecilia Cepeda Mena, y por las cuales se declaró, respectivamente, que el dictamen pericial rendido como prueba no está viciado de error grave y que no existe nulidad en la actuación. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 629

Acción de indemnización de perjuicios.—Confirma la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el juicio ordinario seguido por Marco Mejía R. contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles 632

Acción ordinaria de que unas tierras y los

yacimientos petrolíferos que se encuentren en su subsuelo, son de propiedad particular.—Alcance de la redención de censos en favor de manos muertas.—Se confirma la sentencia que el Tribunal Superior de Barranquilla profirió en el juicio ordinario seguido por Miguel A. Ruiz contra la Nación.—Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles 634

Págs.

NOTA: Por error ajeno a la Relatoría, la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil en el juicio ordinario de Hipólito Londoño contra Federico Vásquez Uribe, aparece publicada dos veces y con distinta fecha. La verdadera fecha es Marzo 24 de 1952.

Errata advertida:

En la página 460, segunda columna dice "segundo grado", léase: "segundo cargo".

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.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE.

TOMO LXXI - BOGOTA, COLOMBIA. ABRIL DE 1952 - NUMERO 2113

S A L A P L E N A

INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DE LOS ARTICULOS 1° Y 6° DE LA LEY 87 DE 1946 SOBRE ESCUELAS DE ENFERMERIA Y DE SERVICIO SOCIAL.—CUANDO EL ART. 41 DE LA CONSTITUCION NACIONAL ATRIBUYE AL ESTADO LA INSPECCION Y VIGILANCIA DE LA EDUCACION PUBLICA, ESTA CONTEMPLANDO EL CONJUNTO DE LA PERSONA MORAL EN LA CUAL REPOSA LA SOBERANIA. LA LEY ACUSADA CONFIGURA UNA POTESTAD EXCESIVA DE INTERVENCION, CONSISTENTE EN DESTACAR A LA UNIVERSIDAD NACIONAL COMO ENTIDAD QUE COMPARTA CON EL ORGANO EJECUTIVO LA FACULTAD DE DESARROLLAR Y EJECUTAR LOS ORDENAMIENTOS GENERALES QUE EL LEGISLADOR CONSIDERO NECESARIOS EN ORDEN A EJERCER LA SUPREMA INSPECCION Y VIGILANCIA DE LOS INSTITUTOS DOCENTES A QUE ESA MISMA LEY SE REFIERE

1.—La Corte encuentra estrictamente jurídica la afirmación del demandante en el sentido de que cuando el artículo 41 de la Constitución Nacional atribuye al Estado la Inspección y Vigilancia de la educación pública, está contemplando el conjunto de la persona moral en la cual reposa la soberanía. De tal suerte que el Estado, por medio de la actividad del respectivo órgano, el legislador, ha de establecer la norma objetiva que desarrolle el poder de inspección en el campo de la enseñanza, y la Administración, encabezada por el Presidente de la República, ejecuta esa misma norma mediante las disposiciones reglamentarias a que haya lugar.

Fijado así el alcance del precitado artículo 41 de la Constitución Nacional, es fácil advertir la pugna que existe entre este ordenamiento y los artículos 1° y 6° de la Ley 87 de 1946, en virtud de los cuales se le con-

fiere a la Universidad Nacional la potestad de intervención sobre las Escuelas de Enfermería y de Servicio Social, en forma tal que aquella Entidad está autorizada para aprobar el plan de estudios de cada instituto, disfrutando, además, del derecho de inspección y vigilancia inmediata de esas mismas Escuelas.

Queda entonces configurada una potestad excesiva de intervención, consistente en destacar la facultad de desarrollar y ejecutar los ordenamientos generales que el legislador estimó necesarios en orden a ejercer la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes a que la ley acusada se refiere.

El legislador de 1946, al expedir la Ley 87, partió de una base errada, cual es la de suponer que la Universidad Nacional es una entidad jurídica distinta del Gobierno Nacional, con derechos y prerrogativas iguales

a las de éste, ya que a aquella primera Entidad se le autoriza para compartir con el Gobierno la atribución constitucional de supervigilancia e inspección inmediata de todas las Escuelas de Enfermeras que funcionan en la República. Y es equivocada dicha base, puesto que la Universidad Nacional, a pesar de la autonomía legal de que disfruta, es una entidad que hace parte del engranaje gubernamental, sobre el cual tiene el órgano ejecutivo la facultad de dirección e inspección, según el mandato del artículo 120, ordinal 13, de la Constitución Nacional. Le asiste, pues, plena razón al demandante, cuando afirma que en semejantes circunstancias no puede la Universidad Nacional convertir su papel pasivo de vigilada, por vigilante, ni menos compartir con el Estado, como si fuera una entidad colocada en plano distinto y al mismo nivel de éste, la función constitucional del artículo 41 de la Carta.

2.—El artículo de la Ley 87 de 1946 prácticamente concede a la Universidad Nacional la prerrogativa de formular el plan de estudios obligatorio, no sólo en las escuelas oficiales de enfermería, sino también en las de carácter privado, ya que a esto equivale el disponer que dentro del territorio de la República sólo podrán llevar el título de enfermeras y ejercer la profesión como tales, las personas tituladas en escuelas de enfermería cuyo plan de estudios haya sido o sea aprobado por la Universidad Nacional.

En sentir de la Corte, se consagra así el monopolio de la educación profesional en una de sus ramas, pues de la voluntad de la Universidad Nacional, queda dependiendo la vida de las escuelas de enfermería y servicio social, comoquiera que es suficiente que aquella entidad imponga una reglamentación exagerada, para que se haga imposible el funcionamiento de esas instituciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, quince de abril de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El doctor Arturo Tapias Pilonieta, en ejercicio de la acción pública que a todo ciudadano confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, demanda por inconstitucionales los siguientes ar-

tículos de la Ley 87 de 1946, "por la cual se reglamenta la profesión de enfermería y se dictan otras disposiciones":

"Artículo 1º—Dentro del territorio de la República sólo podrán llevar el título de enfermeras y ejercer la profesión como tales, de acuerdo con su respectiva clasificación, las personas tituladas en Escuelas de Enfermeras cuyo plan de estudios haya sido o sea aprobado por la Universidad Nacional, o aquellas otras cuyo título haya sido reconocido por el Gobierno Nacional".

"Artículo 6º—Todas las Escuelas de Enfermeras o de Servicio Social, que estén establecidas o que puedan establecerse dentro del territorio de la República, quedarán bajo la supervigilancia e inspección inmediata del Gobierno Nacional y de la Universidad Nacional".

En sentir del demandante, las disposiciones legales transcritas quebrantan de manera ostensible los artículos 41 y 120, en su ordinal 13, de la Carta Fundamental del Estado. He aquí resumidas, en breve síntesis, las razones en que se apoya la demanda en referencia:

Cuando el artículo 6º de la Ley 87 de 1946, en intento de darle desarrollo al artículo 41 de la Constitución Nacional, en lo tocante a las Escuelas de enfermería y servicio social, reviste a la Universidad Nacional, rodaje secundario de la administración, del poder de inspección y vigilancia, conjuntamente con el gobierno del Estado, cual si se tratase de entidad igual al Gobierno, quebranta el mencionado ordenamiento del Estatuto, debido a que además de sobrepasar sus límites le dá a la Universidad Nacional una jerarquía en parangón con el Gobierno.

Además, el mismo artículo de la Ley junto con el 1º, quebrantan el artículo 120, ordinal 13 de la Carta, pues desconocen la función privativa que el referido inciso le confiere al Presidente de la República, como cabeza del Gobierno.

Finalmente, los referidos artículos 1º y 6º de la ley, especialmente el primero, vulneran el artículo 41 de la Carta, comoquiera que por fuerza de ellos la Universidad Nacional, dependencia secundaria de la Administración, asume la intervención y la dirección plena sobre las escuelas de enfermeras y de servicio social de fundación particular, sobre las cuales ni aún el propio Estado tiene derecho a semejante control, ya que según la disposición citada, apenas le corresponden facultades de inspección y vigilancia, dentro de límites que respeten la libertad y autonomía de esos institutos docentes.

La demanda fue pasada en traslado al señor

Procurador General de la Nación, quien después de analizar los fundamentos de aquélla, conceptuó que las dos disposiciones transcritas de la Ley 87 de 1946, no tienen la tacha de inconstitucionalidad que se les señala.

Surtidos así los trámites que correspondían en el presente negocio, procede la Corte a decidir lo que aparece en seguida.

El artículo 41 de nuestra Carta Fundamental garantiza a los asociados la libertad de enseñanza, con la salvedad de que el Estado ejerza sobre los institutos docentes, públicos y privados, la suprema inspección y vigilancia en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

Y por lo que hace a los institutos docentes de carácter oficial, la propia Constitución, en su artículo 120, ordinal 13, enumera entre las atribuciones del Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, la de "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional".

De tal manera que son muy precisas las facultades constitucionales otorgadas al Estado en lo atinente a la enseñanza; si se trata de la privada, se consagran la de vigilar e inspeccionar los respectivos institutos docentes, sin menoscabar la libertad que la misma Constitución les garantiza; y por lo que hace a la instrucción pública nacional, el Estado no sólo tiene esa facultad, sino en general el derecho de intervención plena como consecuencia de ser el autor y dueño de los institutos oficiales.

Establecidas las anteriores premisas, procede la Corte a examinar las dos disposiciones legales acusadas, a efecto de comprobar si efectivamente, como lo afirma el distinguido abogado demandante, ellas contrarían los principios constitucionales anteriormente enunciados.

De la simple lectura de la Ley 87 de 1946, particularmente en sus artículos 1º y 6º, que son los acusados, se deduce que el legislador de ese año quiso establecer un doble control sobre las Escuelas de Enfermeras y de Servicio Social, disponiendo al efecto: a) que la profesión de enfermera sólo puede ejercerse por quien tenga título expedido en Escuelas de Enfermeras cuyo plan de estudios cuente con la aprobación de la Universidad Nacional o por quien tenga ese mismo título reconocido por el Gobierno Nacional; y b) que las dichas Escuelas quedan bajo la supervigilancia e inspección inmediata del Gobierno Nacional y de la Universidad Nacional.

Y es precisamente ese doble y simultáneo control sobre las Escuelas en referencia, lo que se ataca en la demanda de inconstitucionalidad, porque en sentir del demandante la Constitución Nacional no permite que una dependencia secundaria de la administración, como lo es la Universidad Nacional, comparta con el Gobierno Nacional la ejecución de las normas generales que establezca el legislador en desarrollo del principio constitucional sobre suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos o privados.

La Corte encuentra estrictamente jurídica la afirmación del demandante en el sentido de que cuando el artículo 41 de la Constitución Nacional atribuye al Estado la inspección y vigilancia de la educación pública, está contemplando el conjunto de la persona moral en la cual reposa la soberanía. De tal suerte que el Estado, por medio de la actividad del respectivo órgano, el legislador, ha de establecer la norma objetiva que desarrolle el poder de inspección en el campo de la enseñanza, y la administración, encabezada por el Presidente de la República, ejecuta esa misma norma mediante las disposiciones reglamentarias a que haya lugar.

Fijado así el alcance del precitado artículo 41 de la Constitución Nacional, es fácil advertir la pugna que existe entre este ordenamiento y los artículos 1º y 6º de la Ley 87 de 1946, en virtud de los cuales se le confiere a la Universidad Nacional la potestad de intervención sobre las Escuelas de Enfermería y de Servicio Social, en forma tal que aquella Entidad está autorizada para aprobar el plan de estudios de cada instituto, disfrutando, además, del derecho de inspección y vigilancia inmediata de esas mismas Escuelas.

Queda entonces configurada una potestad excesiva de intervención, consistente en destacar a la Universidad Nacional como Entidad que comparta con el órgano ejecutivo la facultad de desarrollar y ejecutar los ordenamientos generales que el legislador estimó necesarios en orden a ejercer la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes a que la ley acusada se refiere.

La Ley 87 de 1946 ofrece, pues, dos aspectos diferentes para su análisis frente a las disposiciones constitucionales reguladoras de la intervención del Estado en el campo de la enseñanza: el primero de tales aspectos es el de la facultad que se otorga al Gobierno Nacional en cuanto al reconocimiento de los títulos que expidan las Escuelas de Enfermeras, y en lo atinente a la supervigilancia e inspección inmediata que ha de te-

ner el mismo Gobierno sobre tales institutos docentes. Sobre este aspecto de la Ley 87 el demandante no formula reparo alguno de orden constitucional, ni de su parte la Corte habrá de formularlo, ya que se trata de una inobjetable aplicación del artículo 41 de la Carta, en cuya virtud el legislador estatuye las normas generales pertinentes, sin que se produzcan interferencias en el campo en que el órgano ejecutivo ha de reglamentar y ejecutar esas mismas normas.

Y en cuanto al segundo aspecto de la Ley acusada, o sea en lo que se refiere a la autorización conferida a la Universidad Nacional para aprobar el plan de estudios de las Escuelas de Enfermeras y para ejercer, al igual que el Gobierno, la supervigilancia e inspección inmediata de los mismos, ya está visto cómo es de patente el vicio de inconstitucionalidad que afecta a dicha ley, por desconocimiento del principio que gobierna la manera como el Estado, en cuanto representa el conjunto de la persona moral en la cual reposa la soberanía, ha de ejercer la suprema inspección y vigilancia sobre los institutos docentes, públicos y privados.

Y para que se vea hasta qué punto adolece de inconstitucionalidad ese segundo aspecto de la ley acusada, quiere la Corte formular estas otras consideraciones adicionales:

La validez del título profesional de enfermera que expidan las respectivas Escuelas, está condicionada por estas dos circunstancias: la aprobación previa del plan de estudios por la Universidad Nacional, o el reconocimiento del mismo título por el Gobierno Nacional; es decir, que la refrendación del plan de estudios, como lo imputa el demandante, tiene idéntica eficacia al reconocimiento de un título profesional por el Gobierno. En tales circunstancias la Universidad Nacional queda colocada en un plano de igualdad de poder en relación con el Gobierno, ya que por virtud de la Ley 87 hay dos entidades que expiden o reconocen los títulos de enfermeras: la Universidad Nacional y el Gobierno Nacional.

Esa igualdad de poder y autoridad jurídica entre tales Entidades viene a quedar refrendada por la disposición de la misma ley acusada (artículo 6º) en cuya virtud "Todas las Escuelas de Enfermeras o de Servicio Social" que estén establecidas o que puedan establecerse dentro del territorio de la República, quedarán bajo la supervigilancia e inspección inmediata del Gobierno Nacional y de la Universidad Nacional".

En consecuencia, el legislador de 1946, al ex-

pedir la Ley 87, partió de una base errada, cual es la de suponer que la Universidad Nacional es una entidad jurídica distinta del Gobierno Nacional, con derechos y prerrogativas iguales a las de éste, ya que a aquella primera Entidad se le autoriza para compartir con el Gobierno la atribución constitucional de supervigilancia e inspección inmediata de todas las Escuelas de Enfermeras que funcionen en la República. Y es equivocada dicha base, puesto que la Universidad Nacional, a pesar de la autonomía legal de que disfruta, es una Entidad que hace parte del engranaje gubernamental, sobre el cual tiene el órgano ejecutivo la facultad de dirección e inspección, según el mandato del artículo 120, ordinal 13, de la Constitución Nacional. Le asiste, pues, plena razón al demandante, cuando afirma que en semejantes circunstancias no puede la Universidad Nacional convertir su papel pasivo de vigilada, por vigilante, ni menos compartir con el Estado, como si fuera una entidad colocada en plano distinto y al mismo nivel de éste, la función constitucional del artículo 41 de la Carta.

Las precedentes consideraciones se hacen aún más concluyentes si se examina la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 87.

En efecto: El respectivo proyecto de ley fue presentado a la consideración de la Cámara de Representantes en sus sesiones ordinarias de 1946, por el entonces Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social.

En la exposición de motivos del Proyecto se advierte, ante todo, que éste tiene por objeto "llenar el vacío que quedó al declarar la Corte Suprema de Justicia inexecutable el artículo 15 de la Ley 67 de 1935, por medio de la sentencia dictada en Sala Plena el 10 de agosto de 1943 y sobre el cual había fundamentado el Gobierno Nacional las pocas disposiciones que sobre el ejercicio de la profesión de enfermería existían".

Y en cuanto a la finalidad primordial del Proyecto de Ley, se dice lo siguiente en la misma exposición de motivos:

"Contempla también el Proyecto de Ley la expedición de normas que permitan reglamentar armónicamente las diferentes escuelas de enfermeras que existen o puedan existir en el país y de la reglamentación de los cursos de preparación o información que con carácter de emergencia se dicten, pues hasta ahora sólo se ha contemplado una anárquica formación de personal que sale de ellas, principalmente en lo que se refiere a su base de cultura general y a los estudios de carácter

técnico. Se hace necesario, pues, una unidad de orientación y tecnificación en estas materias”.

Los artículos 1º y 6º del Proyecto fueron aprobados por las Cámaras sin modificación alguna; de tal suerte que coinciden exactamente en su tenor literal con los artículos 1º y 6º de la Ley 87 de 1946.

Ahora bien; como se advierte en la exposición de motivos del Proyecto en referencia, esta Sala Plena de la Corte declaró inexecutable el artículo 15 de la Ley 67 de 1935, en cuanto por dicha norma se autorizó al Departamento Nacional de Higiene para “reglamentar las profesiones de enfermeros, comadronas, practicantes y farmacéuticos”.

La Corte entonces consideró que el legislador de 1935, al dictar esa norma de la Ley 67 de dicho año, había incurrido en un error de técnica y de principios, que se pone de manifiesto en los siguientes pasajes de la respectiva sentencia:

“La reglamentación de las profesiones de enfermeros, comadronas, practicantes y farmacéuticos, al igual que la de cualquiera otra profesión, es una subinstitución que debe agrupar reglas de derecho primarias suficientes a crear una situación abstracta de derecho, a cuyo imperio quede sometido el grupo de personas que tengan el respectivo oficio y aspiren a ampararse con la institución. Esas reglas primarias no puede darlas sino el legislador; el Gobierno podrá reglamentarlas y ejecutarlas...”.

“Tomando el artículo 15 en el sentido de conceder una autorización al Departamento Nacional de Higiene “para reglamentar las profesiones” de que allí se habla, la disposición desconoce el artículo 38 de la Carta, que le reservó al legislador la facultad de “exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones”. El Congreso carecía del poder en el caso contemplado para conferir en esa materia autorizaciones al Departamento Nacional de Higiene. La disposición acusada viola, en consecuencia, el artículo 8 de la Constitución Nacional, y es, por tanto, inexecutable”. (GACETA JUDICIAL, Tomo 56 pág.).

Como ya quedó visto, el Gobierno intentó llenar el vacío que se produjo como consecuencia del precedente fallo de la Corte, mediante la presentación del Proyecto que cristalizó en la Ley 7 de 1946. Empero, el legislador de ese año no se cuidó de volver a incurrir en errores como los que la Corte advirtió al declarar inexecutable el artículo 15 de la Ley 67 de 1935. Porque en el

fondo lo que ahora se contempla con ocasión de la demanda de inexecutable en examen, es precisamente otro error de principios, el cual se traduce —según lo ya expuesto— en una inadmisibles igualdad de poder y autoridad jurídica entre el Gobierno Nacional y la Universidad Nacional para los efectos atinentes al ejercicio de la profesión de enfermería. Y no sobra añadir que un error de tal naturaleza viene a desvirtuar la finalidad primordial que se persiguió con la expedición de la Ley 87 de 1946, o sea, según se dijo expresamente en la exposición de motivos del Proyecto respectivo, **“una unidad de orientación y tecnificación en estas materias”**.

Finalmente quiere la Corte destacar otro aspecto de la demanda en examen, o sea aquel en que se expone cómo la ley acusada atenta abiertamente contra la libertad de enseñanza, no obstante la garantía que sobre el particular otorga el artículo 41 de la Carta.

El artículo 1º de la Ley 87 prácticamente concede a la Universidad Nacional la prerrogativa de formular el plan de estudios obligatorio no sólo en las Escuelas oficiales de Enfermería, sino también en las de carácter privado, ya que a esto equivale el disponer que dentro del territorio de la República sólo podrán llevar el título de enfermeras y ejercer la profesión como tales, las personas tituladas en Escuelas de Enfermería cuyo plan de estudios haya sido o sea aprobado por la Universidad Nacional.

Semejante prerrogativa le dá asidero al demandante para afirmar —con toda razón en sentir de la Corte— que se consagra así el monopolio de la educación profesional en una de sus ramas, pues de la voluntad de la Universidad Nacional queda dependiendo la vida de las Escuelas privadas de enfermería y Servicio Social, como quiera que es suficiente que aquella Entidad imponga una reglamentación exagerada para que se haga imposible el funcionamiento de esas instituciones.

Y no se diga que apenas se trata, en tales circunstancias, de una simple intervención del Estado en el campo de la enseñanza en armonía con lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Nacional, puesto que esa intervención la tiene ya establecida el artículo 5º de la misma Ley 87, en forma inobjetable desde el punto de vista constitucional, al autorizar a los funcionarios competentes del Gobierno Nacional para revisar los respectivos programas de estudio y de trabajo.

De tal manera que a la luz del principio cons-

titucional de la libertad de enseñanza, es de rigor aceptar que tanto las Escuelas de Enfermeras de carácter privado como aquellas que sean de creación oficial, entre las cuales figuran como es obvio en primer término las que hacen parte de la Universidad Nacional, deben recibir un mismo tratamiento por parte del legislador al consagrar éste las normas conforme a las cuales haya de operarse la intervención del Estado en cuanto a la revisión y aprobación de los respectivos programas de estudio y de trabajo; descartándose así la posibilidad de que los institutos oficiales compitan con los de carácter privado, no con base en la mejor preparación técnica que puedan otorgar, sino por virtud de ventajas y prerrogativas de que estos últimos no pueden gozar.

En armonía con lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, obrando en Sala Plena, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y oído el señor Procurador General de la Nación, decide:

1º—Es inexecutable el artículo 1º de la Ley 87 de 1946, pero únicamente en cuanto por dicha norma se confiere a la Universidad Nacional la facultad de aprobar el respectivo plan de estu-

dios de las Escuelas de Enfermeras que estén establecidas o que puedan establecerse dentro del territorio de la República;

2º—Es asimismo inexecutable el artículo 6º de la referida Ley 87 de 1946, pero sólo en cuanto por esta norma se dispone que las Escuelas de Enfermeras o de Servicio Social, que estén establecidas o que puedan establecerse dentro del territorio de la República, quedarán bajo la supervigilancia e inspección inmediata de la Universidad Nacional.

Publíquese, cópiese, notifíquese, dése cuenta a los señores Ministros de Higiene y Educación Nacional y archívese el expediente.

Manuel José Vargas — Gerardo Arias Mejía—Francisco Bruno—Luis Enrique Cuervo A.—Alejandro Camacho Latorre — Pedro Castillo Pineda—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez — Alberto Holguín Lloreda—Rafael Leiva Charry — Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Angel Martín Vásquez—Luis Felipe Latorre, Conjuez.—Hernando Lizarralde, Secretario.

QUEJA FORMULADA CONTRA LOS MAGISTRADOS DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL DE BARRANQUILLA, POR DEMORA EN LA TRAMITACION DE UN NEGOCIO

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, abril quince de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Para los efectos contemplados por el Decreto extraordinario número 3665 de 1950, "por el cual se dictan normas encaminadas al mejoramiento de la administración de justicia", remitida fué a esta Corporación, por el Director del Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, la documentación relacionada con una queja formulada ante dicho Ministerio por el señor Eustorgio Rivera C., contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, "por morosidad en el ejercicio de sus funciones", esto es en la tramitación y decisión del recurso de apelación interpuesto por el Personero Delegado en lo Penal, contra el auto de 1º de marzo de 1951, mediante el cual el Juzgado 1º Penal del Circuito de Barranquilla, dictó auto de enjuiciamiento contra el doctor Humberto Navarro Castillo "para que responda como autor de uno de los delitos previstos en el Capítulo II, Título 9º Libro 2º del Código Penal".

Como acá se le ha dado al asunto la tramitación que le es propia (artículo 5º del citado Decreto) del caso es proceder a decidir lo que fuere pertinente, considerando al efecto:

a) Que en el memorial de la referencia para el Ministerio de Justicia, suscrito y fechado en Barranquilla el 16 de noviembre de 1951 por el señor Eustorgio Rivera C. se hace por éste el siguiente cargo contra la Sala Penal del Tribunal Superior de allí y en particular contra el Magistrado Juan Tovar Daza:

"Con fecha 30 de mayo del año en curso, subió en apelación por segunda vez al Tribunal Superior del Distrito Judicial, la sentencia proferida por el Juez Primero del Circuito Penal de esta ciudad contra Humberto Navarro Castilla por haberme detenido arbitrariamente cuando éste ejercía las funciones de Inspector Primero de Investigación Criminal. Verificado el reparto, el nego-

cio tocó al Magistrado doctor Juan Tovar Daza, y no obstante los Decretos presidenciales y mis continuas solicitudes, el **negocio permanece sin solución en poder del citado Magistrado.** (Subraya la Sala);

b) Que según el acta de Visita practicada por el Fiscal Primero del Tribunal de Barranquilla, por orden del Ministerio de Justicia, en el proceso de la referencia, resulta: 1º Que el expediente llegó al Tribunal el día 30 de mayo de 1951 para ser repartido al Magistrado Tovar Daza el 15 de junio de dicho año, anotándose que la demora en la Secretaría obedeció a la circunstancia de esperarse el reparto general que debía verificarse en virtud del Decreto de fecha 30 de abril que declaró la promiscuidad de dicho Tribunal;

2º—Que el negocio fue puesto al despacho del Magistrado sustanciador el día 27 de dicho mes de junio, de donde salió el 7 de julio siguiente con auto ordenando darlo en traslado al Fiscal 2º;

3º—Que este funcionario lo devolvió con concepto emitido el día 24 del del mismo mes, y

4º—Que la Sala Penal, integrada por los Magistrados Juan Tovar Daza, Jesús María Fontalvo, Gerardo González Navarra y su Secretario Carlos A. Bérdugo, falló el recurso mediante providencia de 26 de octubre de 1951, en el sentido de "declarar cesado todo procedimiento contra el doctor Humberto Navarro Castillo por razón de los delitos de que trata el auto de proceder".

c) Que el Fiscal que suscribe el acta de visita de que trata el ordinal anterior, fuera de observar "que en la tramitación del recurso algunos términos se vencieron con exceso, por ejemplo, el proceso fue repartido al Magistrado ponente el día 15 de junio y sólo el día 27 es puesto al Despacho del señor Magistrado, para después ordenar el traslado al señor Fiscal el día 7 de julio y ser notificado a las partes por medio de estado el día 12", dejó consignado que no se advirtió ninguna otra irregularidad ni menos la comisión de un delito por los funcionarios que intervinieron en el proceso motivo de la visita;

d) Que la demora que se advierte entre la fe-

cha de repartimiento del negocio al de la en que fue puesto al despacho del Magistrado ponente, aparece plenamente justificada con la constancia suscrita por el Secretario del Tribunal, de la cual resulta que el 15 de junio de 1951, se verificó el reparto general de 382 negocios entre civiles y penales, correspondiendo a esos últimos un número de 299, que hubo de radicarse posteriormente, lo que en verdad entraña una labor dispendiosa;

e) Que de los negocios repartidos le correspondieron al Magistrado Tovar Daza 58 en total, o sean 48 penales y 10 civiles, debiendo darle preferencia a los referentes con detenidos y procesados, lo cual explica, como lo anota dicho Magistrado en su escrito de descargos, la demora en presentar el proyecto de fallo sobre dicho asunto.

Si a lo dicho se agrega el hecho de haberse fallado el recurso de que se trata casi un mes antes de la fecha de la queja elevada al Ministerio por el señor Rivera C., expresando que "el negocio permanece sin solución en poder del Magistrado Tovar Daza", lo que entraña una inexactitud, por decir lo menos, y además si se tiene en cuenta que el término de la prescripción reconocida en el mencionado fallo se consumó precisamente cuando el negocio se encontraba en el Despacho de la Fiscalía, de manifiesto resulta lo

infundado de los hechos atribuidos a los mencionados señores Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, particularmente al ponente doctor Juan Tovar Daza.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, declara que en la tramitación y decisión del recurso de apelación en el negocio sobre que versó la queja elevada al Ministerio de Justicia por el señor Eustorgio Rivera C., contra los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla no se realizó por éstos hecho alguno que merezca la imposición de sanciones disciplinarias.

Dése cuenta de esta decisión al señor Ministro de Justicia y archívese el expediente.

Cúmplase.

Manuel José Vargas — Gerardo Arias Mejía—
Francisco Bruno — Alfonso Bonilla Gutiérrez—
Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda—
Luis Enrique Cuervo A. — Luis A. Flórez.
Agustín Gómez Prada — Luis Gutiérrez Jiménez—
Alberto Holguín Lloreda—Rafael Leiva Charrí —
Pablo Emilio Manotas — Luis Rafael Robles—
Gualberto Rodríguez Peña — Angel Martín Vásquez—
Hernando Lizarralde, Secretario.

SE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DE LA SEÑORA JULIA DURAN VDA. DE VARGAS

"LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, teniendo en cuenta que ha fallecido en la ciudad de Cúcuta, la virtuosa matrona doña JULIA DURAN vda. de VARGAS, madre del señor Magistrado doctor MANUEL JOSE VARGAS, dignísimo Presidente de la Corporación, deja testimonio de su más cordial participación en el dolor que embarga a sus deudos por tan infausto acontecimiento, y envía al señor Magistrado doctor Vargas, la expresión más viva de su condolencia, lo mismo que a todos los miembros de su distingui-

da familia. Comuníquese al señor Magistrado y Presidente de la Corporación doctor Manuel José Vargas en nota de estilo. Publíquese por la prensa y en la "GACETA JUDICIAL".

NOTA: La anterior proposición fue aprobada en la sesión de la Sala Plena del día 23 de abril de 1952.

El Relator.

SE DEPLORA LA DESAPARICION DEL DR. JESUS PERILLA V.

"LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA registra con dolida la desaparición del distinguido Jurista JESUS PERILLA V., quien ilustró con su inteligencia las deliberaciones de la Corporación de que fué miembro muy connotado, a la vez que presenta a su familia los sentimientos de su más profundo pesar. En nota de estilo comuníquese a

la señora viuda e hijos del Dr. Perilla V. y Publíquese en la GACETA JUDICIAL".

NOTA: Proposición aprobada por la Sala Plena en sesión del 30 de abril de 1952.

El Relator.

PROPOSICIONES APROBADAS POR LA SALA PLENA DE LA CORTE, EN SU SESION DEL DIA 30 DE ABRIL DE 1952

"LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, con-signa en el acta de este día su complacencia por la designación hecha en la persona del Doctor ELEUTERIO SERNA R., ilustre exmagistrado de esta Corporación, para la Cartera de Minas y Petróleos, y con este motivo le presenta sus sentimientos de congratulación. Comuníquese en nota de estilo y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

"LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en Sa-

la Plena, presenta su saludo muy atento al nuevo Ministro de Justicia doctor JOSE GABRIEL DE LA VEGA, y con motivo de la merecida exaltación de que ha sido objeto, le ofrece su decidida cooperación para el desarrollo de las labores que le han sido encomendadas, y hace votos porque su paso por el Ministerio sea pródigo en bienes para la Justicia. Comuníquese en nota de estilo al doctor de la Vega y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

EXEQUIBILIDAD DE LA LEY 9ª DE 1951, POR LA CUAL SE CREA EL DEPARTAMENTO DE CORDOBA — COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, POR VICIOS DE FORMA EN SU EXPEDICION — ALCANCE DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL — NATURALEZA DE LA SANCION EJECUTIVA DE LOS PROYECTOS DE LEY

1—La Corte abandona el criterio diferencial hasta ahora defendido de que se distinguen en la Constitución preceptos sustantivos y preceptos adjetivos; normas principales y normas accesorias; reglas de forma y reglas de fondo. A todas las tiene la Corte como del mismo valor y de la misma categoría; superiores por todos conceptos a las disposiciones de las leyes comunes.

Una violación cualquiera de cualquiera artículo de la Constitución queda bajo la jurisdicción de la Corte, siempre que su conocimiento pueda someterse ya sea por el Presidente de la República, en el caso de objeciones previstas por el art. 90 de la Constitución, bien sea a través de las acusaciones de los ciudadanos, de acuerdo con el art. 214 de la misma.

2—Cuando se trate de cuestiones relativas al proceso de la formación de las leyes, o de cumplimiento de ciertos requisitos que la Constitución exige, previos a la sanción ejecutiva, a la misma Corte debe suministrarse, en el acto en que se solicite su conocimiento, no sólo la manifestación expresa, clara y categórica de cuáles son las normas violadas y los hechos en que el reparo se funda, sino también la prueba de tales hechos. Si es el Presidente de la República quien solicita el conocimiento de la Corte, debe remitirle con los antecedentes del proyecto objetado, los documentos o elementos que sirvan a la Corte para despachar el negocio. Si es un ciudadano el que acusa, por vicios consistentes en la pretermisión de requisitos previos a la sanción de la ley, (es decir, cuando acusa la ley en estado de proyecto) está no menos obligado que el Presidente de la República a presentarle a la Corte con su escrito de demanda las pruebas que acrediten los hechos alegados.

3—La Corte declara que tiene recibido de la Constitución, como natural consecuencia

de los deberes que ésta le impone a título de su guardián, poder bastante y suprallegal para pedir, siempre que lo estime procedente y por motivos razonables, que ella tiene facultad de apreciar soberanamente, cuantos informes, datos, documentos y demás pruebas que estime conveniente, a efecto de pronunciar su decisión con conocimiento de causa, pero con la precisa condición que se hayan alegado motivos razonables y atendibles que expliquen la imposibilidad en que se encontró el demandante para presentar las pruebas. En esto aplica por analogía el art. 86 de la Ley 167 de 1941, en su parte pertinente.

4—La Corte define en uso de sus atribuciones constitucionales y por interpretación de lo que en casos semejantes se ha practicado por ella, que para ordenar una prueba cualquiera en los casos en que deba traerse, basta un simple auto de “cúmplase”, firmado por el Magistrado a cuyo cargo esté la ponencia del fallo.

5—Comparando lo que regía según el texto original del artículo 41 del Acto Legislativo N° 3 de 1910, con el texto aprobado por la Enmienda Constitucional de 1945, no hay base alguna para sustentar la tesis de que el Constituyente hubiera entendido limitar las facultades de la Corte, en punto a vicios de inconstitucionalidad formal, al caso de objeciones presentadas por el Presidente de la República a un proyecto de ley, quedando excluidos de la tutela de la Corte, esos mismos casos si le eran sometidos por acusación de un ciudadano.

6—Cuando dice el art. 214 de la Constitución: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. EN CONSECUENCIA, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente, etc.”, está indicando la manera como debe entenderse el

mandato de la guarda constitucional, explicando, como lo hace, cuál sea la manera de proceder la Corte en las acciones de inexequibilidad. Lo anterior implica que la Corte sólo tiene competencia para conocer, en ejercicio de sus atribuciones propias de la jurisdicción constitucional, de dos clases de actos emanados del Congreso, a saber: 1º—De los proyectos de ley; — 2º De las leyes mismas.

Aquí viene la ocasión para considerar que la función tutelar de la Corte sobre la Constitución, es relativa, y que la órbita en que se ejerce está limitada por razón de la materia y por razón de la calidad con que procede la Corte. En efecto: por razón de la materia, se requiere que la violación se cause mediante una ley en proyecto o mediante una ley perfecta; es decir, actos u omisiones de los poderes públicos que se presenten fuera de aquellas hipótesis, no le dan derecho a la Corte para intervenir. Por ejemplo: previene la Constitución que se elijan magistrados de la Corte y consejeros de Estado cada cinco años y cada cuatro, respectivamente; si al Gobierno no le viene en voluntad pasar las ternas, o al Congreso elegir, se viola la Constitución, pero la Corte nada puede hacer para remediarlo; porque no hay acción pública de los ciudadanos, ni el Congreso puede demandar al Gobierno por el no envío de las ternas, ni el Gobierno exigirle al Congreso que elija magistrados.

De otra parte, la facultad de la Corte está limitada por su condición de juez.

7—Armonizando el artículo 90 de la Constitución (que señala el término perentorio de 6 días para despachar el fallo), con el contenido de la Ley 96 de 1936, es decir, que esta ley no se aplica de ninguna manera en caso de objeciones del Presidente, la cosa juzgada es completamente igual en los fallos de inexequibilidad y en los fallos de asuntos comunes regidos por el art. 474 del Código de Procedimiento Civil y disposiciones concordantes. O sea, que tiene efectos relativos a la materia que fue propia del fallo. Si un ciudadano acusa por motivos de inexequibilidad fundados en normas de aplicación previa a la sanción de las leyes, y lo que aquél le somete a la Corte ya fue materia de objeciones presidenciales despachadas por ésta, la cosa juzgada sería innega-

ble. Pero si el ciudadano acusa cuando el Presidente no objetó, u objetó por razones distintas, la Corte debe decidir sobre el fondo del problema: bien sea porque, tratándose de cuestiones de fondo, difieran los reparos del Presidente de los cargos del ciudadano, bien sea porque tratándose de cuestiones de forma o vicios en la expedición de la ley, ocurra otro tanto.

8—Lo que común y ordinariamente acontece es que se expidan leyes conformes con la Constitución.

Así entiende la Corte que se hable de PRESUNCIONES en el punto que se examina. Pero no admite que, por el mero hecho de haber formulado objeciones el Presidente de la República contra un proyecto de ley que se le envió para que lo sancionara, ya deba presumirse, y presumirse de derecho, que aquél se ajusta a las normas que regulan su expedición. Y menos que no les sea lícito a los ciudadanos acusar después la ley por tal causa, si ellos están en capacidad de acreditar de modo fehaciente los cargos en que se fundan; como tampoco se acepta que la Corte no tenga competencia para decidir sobre la demanda.

9. — Guardián, conforme al léxico, es la persona que guarda una cosa y cuida de ella. En este sentido se supone que no sólo la Corte, sino todos los órganos del poder público, corporaciones o funcionarios individuales, guardan la Constitución y cuidan de ella.

Pero al expresar ésta de manera tan notoria en un texto especial donde se declara que la función de guardián se le confía, como una función más (ADEMAS, dice el art. 214), esto es, fuera de las que le señalan y atribuyen otros textos de la propia Constitución y aún de las leyes ordinarias, está indicando de modo inequívoco y hasta enfático que es a ella —a la Corte Suprema de Justicia—, a la cual se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. Es, por tanto, dicha guarda, por obra del querer del Constituyente, una guarda exclusiva que, con el carácter implícitamente definido por el art. 214, la Corte no comunica con ninguna otra persona, funcionario o entidad del servicio público. De esta guarda así entendida, emana el poder supremo y la facultad eminente de la JURISDICCION CONSTI-

TUCIONAL, atribuida a la Corte; cuyos fines, estructura y modo de funcionamiento no permiten confundirla con ninguna otra institución, como se prueba por lo que sigue:

a) Es una jurisdicción especial, cuya competencia supone o envuelve la jurisdicción ordinaria; porque como la competencia, definida en el código de organización judicial (art. 143) ésta también es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República; y con esta investidura previa de la jurisdicción, la Corte recibe el cargo de guardián de la Constitución;

b) Pero es algo más, superior o de mayor categoría, porque esta jurisdicción produce la competencia para ejercer, por autoridad directa de la Carta Fundamental y en determinados negocios, la potestad de pronunciar el derecho de DECLARARLO (en su sentido castizo de ponerlo en claro, definiéndolo y deslindándolo; no en el sentido vulgar de "manifestarlo"), que se eleva por encima de las leyes ordinarias y que pertenece a la raíz misma de la soberanía nacional;

c) Los fines de esta guarda, ejercida en nombre de aquella soberanía y por autoridad del Constituyente, con calidad de juez supremo, que conoce en única instancia, se mencionan de modo categórico por el texto comentado; tales fines: la integridad de la Constitución Política del país, mantenida a través de proyectos y leyes susceptibles de entrar en pugna con las normas trazadas por la primera; concepto de perspicuidad absoluta que no se compagina con restricciones, limitaciones o recortes de ninguna clase, especie ni condición, hasta el punto de que es improcedente introducir entre proyectos y leyes dos hipótesis directamente inversas, de las cuales el Constituyente sólo hubiera previsto una nada más, regulándola de tal manera que hubiera de entenderse que la regulación de la hipótesis contraria lo hubiera sido precisamente en sentido contrario también; pues, como lo enseña la lógica jurídica, tales son el valor y el alcance de los argumentos A CONTRARIO, de donde se deducen los conocidos aforismos tan usados por los prácticos: QUI DE UNO DICT, DE ALTERO NEGAT; INCLUSIO UNIUS FIT EXCLUSIO ALTERIUS; EXCLU-

SIO UNIUS FIT INCLUSIO ALTERIUS. Ejemplo a propósito sería el texto de la reforma presentada en 1944 por Alberto Lleras Camargo, para la redacción del art. 214:

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, EN SU FONDO O EN SU FORMA... o sobre todas las leyes o decretos legislativos... acusados ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, etc.". Con la explicación de la reforma se precisaba que al no autorizar a la Corte para decidir de las acusaciones de los particulares, diciendo que podían hacerlo por defectos de fondo o por defectos de forma, quedaba excluida la segunda hipótesis; si bien se puede advertir que la redacción tampoco resultaba muy feliz, porque mejor y más claro hubiera sido decir: "o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados, en su fondo, por cualquier ciudadano". Esto hubiera sido más técnico si lo que se quería era definir que a los ciudadanos les estaba vedado acusar por defectos de forma; porque, de otro modo hubiera quedado la duda de lo contrario; y ello se explica debido a que el supuesto tiene cuatro miembros y no dos, como para que opere la regla del "inclusio unius alterius est exclusio". La verdadera lección que de este antecedente se deduce —como ya se hizo notar arriba—, es la de que el Constituyente no tuvo voluntad de innovar, sino que dejó las cosas como estaban para que la Corte en su sabiduría resolviera si mantenía o modificaba su jurisprudencia: lo cual resultó muy sensato para bien del país y del derecho.

d) En su estructura, la guarda de la Constitución por la Corte, supone que ésta tiene el deber y, por consiguiente, la facultad correlativa, para pronunciar un fallo o decisión cuando las personas indicadas por el propio Constituyente elevan a conocimiento de esta corporación cualquiera de los actos previstos por la Carta misma como aptos para contrariar sus disposiciones, sean éstas de la naturaleza que fueren, sustantivas o adjetivas, principales o accesorias, de fondo o de forma, de trámite o de contenido regulador; dichos actos no son otros sino las leyes, ya sean tales o perfectas, bien se hallen en potencia próxima, o en estado larval, es de-

cir, no hayan salido de la categoría de proyectos;

e) Las personas que pueden llevar a conocimiento de la Corte y solicitar su intervención ante posibles infracciones cometidas con un proyecto de ley o con la ley misma, bien entendido que si el proyecto no lleva impulso genético bastante, el interés jurídico para que la Corte intervenga tampoco podría darse, son:

1º—El Presidente de la República cuando el proyecto aprobado por las Cámaras le llega para su sanción, y

2º—Cualquier ciudadano, con tal que la ley haya sido sancionada y promulgada.

10—Parece obvio que cuando el Presidente de la República pone su firma al pie de una ley que ha sido aprobada por el Congreso, firma a que preceden las consabidas palabras de **PUBLIQUESE Y EJECUTESE**, realmente lo que hace es expresar su voluntad para que aquel proyecto, aprobado por el Congreso, sea una ley de la República. La Constitución, pues, ha querido, valiéndose de aquella fórmula sencilla y tradicional, indicarle al Presidente el medio apropiado de expresar su voluntad para que el proyecto aprobado por el Congreso se convierta en ley de la República. A estas ideas responden no solamente textos anteriores a la Constitución de 1886, sino de los mismos contenidos en tal Estatuto. Respecto de los primeros ya se ha mencionado el artículo 7º del C. C. sancionado el 26 de mayo de 1873, bajo el imperio de la llamada Constitución de Rionegro: "**LA SANCION CONSTITUCIONAL** que el poder ejecutivo de la Unión da a los proyectos acordados por el Congreso, **PARA ELEVARLOS A LA CATEGORIA DE LEYES**, es cosa distinta de la sanción legal de que habla el artículo anterior".

No pretende la Corte derivar de una definición legal, consignada en un texto anterior a la Constitución vigente, un criterio de hermenéutica, para fijar el alcance de los textos constitucionales.

En cambio, sí se permite hacer mérito de la letra y del espíritu que informa la primera parte del art. 81, en que la enmienda constitucional de 1945 respetó la tradición que había recogido en fórmulas inobjectables la Constitución de 1886. Se trata de la manera como el citado art. 81, en su enca-

bezamiento dice tan enfáticamente: "Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes: . . . 3º—Haber obtenido la sanción del Gobierno".

De aquí es fácil deducir, como cuestión inobjetable, **EX JURE CONDITO**, que la sanción del Gobierno es un requisito o elemento esencial para que la ley cobre existencia. Que no pasarán de ser meros postulados de teoría inaceptable aquellos que defienden que la sanción ejecutiva no es elemento esencial de la ley.

Si la voluntad del jefe del Estado es, por tanto, indispensable para que la ley nazca, y esa voluntad puede expresarse mediante una fórmula tan simple como es la de **PUBLIQUESE Y EJECUTESE**, resulta poco más que forzado ver en esta expresión simple de la voluntad del jefe del Estado la complicada elaboración de un juicio como aquel de que hablan los autores ya citados, Laband y Carré de Malberg, artificioosamente imaginado para explicar la intervención del Presidente de Francia en la promulgación de las leyes para cuya formación tiene un papel completamente destenido si se compara con la sanción del derecho colombiano.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.—Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

Advertencia:

Este negocio se repartió al magistrado doctor Holguín Lloreda quien oportunamente elaboró el proyecto de fallo, sobre el cual se adelantaron en numerosas sesiones los estudios de la Sala para acordar la decisión de fondo. Durante aquéllas, tanto los señores magistrados como los señores conueces tuvieron ocasión para exponer ampliamente sus opiniones anunciando cada cual en qué sentido daría su voto. Al final de las deliberaciones, acabaron por manifestarse tres corrientes a saber:

a) Una, para que se mantuviera la doctrina tradicional de la Corte cuando en las demandas de inexequibilidad se hacen reparos a los trámites previos a la expedición de la ley, y en el sentido

de declararse incompetente para decidir sobre ellas;

b) La segunda tendencia se inclinó a la ratificación parcial de aquella doctrina, admitiendo que la Corte sí sea competente para pronunciarse sobre vicios de inconstitucionalidad formal, pero sólo cuando el Presidente de la República formula objeciones, mas no cuando acusan los ciudadanos, y

c) Una tercera corriente, que terminó por recibir el sufragio de la mayoría de la Sala, estuvo por que la Corte revisara radicalmente su doctrina anterior, admitiendo en adelante que sí puede conocer sobre reparos de inconstitucionalidad, tanto intrínseca como extrínseca, no sólo a través de objeciones del señor Presidente de la República, sino también cuando acusan los ciudadanos.

Vista dicha preponderancia en el sentir de la Corte y teniendo en mira que el proyecto del señor magistrado Holguín Lloreda concluía con la declaración de exequibilidad de la Ley 9ª de 1951, se procedió a votar, según el orden del reglamento, la parte resolutive, y se obtuvieron quince votos favorables.

Sometida a votación la parte motiva, fue negada por once votos.

En consecuencia, se acordó que el negocio pasara al suscrito magistrado Cuervo para que formulara el proyecto.

Resultando:

Mediante escrito de 11 de marzo último, el doctor Gabriel Carreño Mallarino, ejercitando la acción pública reconocida a todo ciudadano por el artículo 214 de la Constitución, acusa como contraria a ella, la Ley 9ª de 1951 que creó el Departamento de Córdoba y pide, copiándola literalmente, que se la declare inexecutable.

El demandante concreta la acusación a que "para formar el nuevo departamento de Córdoba y expedir la ley acusada, no se cumplió, como era de rigor, la condición 1ª del art. 5º de la Constitución, el cual, en lo pertinente, es de este tenor:

"La ley podrá decretar la formación de nuevos departamentos desmembrando, o no, las entidades existentes, siempre que se llenen estas condiciones:

"1ª—Que haya sido solicitado por las tres cuartas partes de los concejales de la comarca que ha de formar el nuevo departamento.

"....."

Los hechos en que se funda la violación de la norma transcrita los resume así:

"1—Las personas que pidieron al Congreso la creación del Departamento de Córdoba y la expedición de la ley acusada, no obraron, al hacer tales peticiones, como concejales de la respectiva comarca; 2—No está probado en los antecedentes de dicha ley —antecedentes que reposan en el Capitolio, en los archivos del Congreso— que dichas personas al presentar a la rama legislativa del poder público sus solicitudes pro Córdoba, lo hubiesen hecho dentro de sesiones válidas de los correspondientes ayuntamientos y en ejercicio de la investidura de concejales de los mismos; 3— Tampoco está probado, en tales antecedentes, ni en parte alguna, que los referidos peticionarios representasen al tiempo de dirigir al Congreso aquellas solicitudes, las tres cuartas partes de los concejales de la comarca, teniendo en cuenta para dicho cómputo, así a los principales de los expresados cabildos, como a los respectivos suplentes".

Y agrega, al sustentar la acción en derecho:

"La norma superior ostensiblemente quebrantada en fuerza de los hechos y omisiones anteriores, es la de la condición primera del art. 5º, de la actual codificación constitucional. Dicha norma quedó transcrita al principio de esta demanda; y el concepto en que fue violada por la Ley 9ª de 1951, quedó claramente expuesto a lo largo del presente escrito".

El señor Procurador General de la Nación, al contestar el traslado, plantea, "como cuestión previa, el problema de la competencia de la Corte para conocer de las demandas de inexecutable con fundamento en los vicios de forma en la expedición de las leyes, puesto que el punto sometido a su estudio, cabalmente se sustenta en la acusación de que el Congreso no acató una disposición que limita formalmente su actividad. En otras palabras, no se discute si el Congreso tiene facultad para decretar la creación de nuevos departamentos; lo que se arguye es que al ejercitar esta atribución lo hizo sin sujeción a las exigencias previas establecidas en la Carta".

Más adelante agrega:

"Al entregarse a la Corte la misión de guardar la integridad de la Carta, se le dio de un modo expreso la facultad de examinar las leyes, tanto desde el punto de vista de la inconstitucionalidad formal, como desde el ángulo de la inconstitucionalidad sustantiva. Es bien sabido que en Francia, en donde no se ha dado a los jueces el control jurisdiccional de las leyes, los autores han sostenido

la capacidad de los tribunales de justicia para dejar de aplicar aquellas que fueron expedidas por el cuerpo legislativo con pretermisión de las formas exigidas por la Constitución. Y es que si es indiscutible que el Parlamento tiene, como función constitucional, la expedición de las leyes, no lo es menos, que para ejercer esta función legítimamente debe hacerlo dentro de los presupuestos que la misma Constitución establece.

“.....
“Me he permitido plantear ante vosotros nuevamente este debate, que considero de singular importancia porque a través de la forma como las leyes deben ser expedidas, dan (sic) a los ciudadanos preciosas garantías, por cuyo cumplimiento exacto, también debe velar la Corte.

“Cuando el art. 30 de la Carta expresa que la ley que decreta, por razones de equidad, la expropiación de un bien sin indemnización, debe ser aprobada, precisamente, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, está consagrando un requisito de forma que es una importantísima garantía de la propiedad. Pero esta garantía queda desgarnecida con jurisprudencia (sic) comentada, porque no habría autoridad alguna que, en caso de quebrantamiento de tal norma, pudiera invalidar un acto del Congreso notoriamente arbitrario.

“Dentro de la función de guardar la Constitución que se le otorga a la Corte, es una de las más importantes atribuciones la de decidir sobre las objeciones que, por motivos de inconstitucionalidad, formule el Presidente a los proyectos de ley. Siendo claro que tales objeciones pueden versar —y han versado— sobre aspectos de la inconstitucionalidad formal, la Corte en presencia de ellas tiene que pronunciar su fallo y definir el punto de discrepancia entre el Ejecutivo y el Parlamento. Así lo ordena perentoriamente el artículo 90 de nuestra Constitución política. Y si ésta es la obligación, cuando se trata de decidir sobre las objeciones presidenciales, no se ve razón para que haya de obrar en otra forma al resolver una acción intentada por cualquier ciudadano.

“Los motivos expuestos me permiten solicitar de vosotros que, reformando vuestra anterior doctrina, entréis a decidir el fondo de la demanda sometida a vuestro estudio”.

En la parte final de su concepto dice el señor Procurador, refiriéndose a la obligación de los particulares cuando hacen cargos de inconstitucio-

nalidad, tocantes a la forma de expedición de las leyes:

“Por otra parte es mi concepto que cuando un particular sostiene que el Congreso ha quebrantado una norma constitucional atinente a la forma de expedición de las leyes, debe probar la razón de su dicho mediante pruebas fehacientes, llevando para tal efecto, las respectivas certificaciones de autoridades competentes, porque careciendo esta clase de procedimiento de término probatorio, cuando hayan de requerirse pruebas ellas deben ser presentadas con la demanda”.

El señor Procurador concluye así:

“Las razones expresadas fundamentan mi concepto de que la Ley 9ª de 1951, por la cual se creó el Departamento de Córdoba, es exequible. Así pido atentamente que lo declaréis. Bogotá, mayo 31 de 1952. Señores Magistrados, (Fdo.) **Alvaro Copete Lizarralde**, Procurador General de la Nación”.

En memorial de 7 de junio próximo pasado, que se dispuso agregar al expediente, los doctores Dario Echandía y Alberto Zuleta Angel, en su condición también de ciudadanos colombianos e invocando el derecho que da el art. 233 del código judicial, se han presentado a impugnar la demanda, pidiendo que se declare exequible la ley acusada, pero insistiendo en que la Corte ratifique su doctrina tradicional respecto de los vicios de inconstitucionalidad en que hubiere podido incurrirse en el procedimiento para expedir la ley. A este respecto, afirman, entre otras cosas, lo siguiente:

“La materia sobre que recae el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, no es la del procedimiento que se siguió para expedirlas, porque la competencia de la Corte se reduce a examinar las leyes y no los proyectos en curso, salvo el caso especialmente previsto en la primera parte del citado art. 214, que se refiere a aquellos proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y en la oportunidad especialmente prevista en el artículo 90 de la misma ley fundamental”.

Se considera:

A fin de exponer con el mayor orden posible tanto las razones en que la Corte sustenta su revisión de la doctrina tradicional (según lo pide el señor Procurador), como también los motivos fundamentales para decidir sobre el éxito de la demanda, habrá de tratarse, en capítulos separados,

sobre los temas que fueron materia de los debates, a saber:

1º—La jurisprudencia de 1912 sostenida por la Corte hasta ahora;

2º—La tesis de la rectificación parcial de la misma, influida de manera visible por la Enmienda de 1945, cuyos antecedentes, sin embargo, carecen de significación positiva al efecto;

3º — Nueva jurisprudencia de la Corte sobre guarda irrestricta de la integridad de la Constitución, la cual no quiere decir que aquélla cambie su indiscutible misión, por la de una entidad oficiosamente fiscalizadora de los actos propios de la formación de las leyes.

CAPITULO I

Jurisprudencia tradicional de la Corte sobre su incompetencia para decidir de los llamados vicios de inconstitucionalidad formal

Ella fue sostenida, por primera vez, como es bien sabido, en el célebre fallo de 20 de abril de 1912, cuyo contenido sustancial merece recordarse. El doctor Pedro María Carreño, en su calidad de ciudadano colombiano, acusó ante la Corte, como inconstitucional, la Ley 65 de 1911, sobre auxilios a los establecimientos de beneficencia de la República y pidió que se decidiera definitivamente sobre la ley acusada, previa audiencia del Procurador General de la Nación y de acuerdo con el art. 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, citó como disposiciones constitucionales, base de la demanda, además del referido, todas las contenidas en el título VII de la Carta, así como el art. 45 de la misma que reconoce el derecho de petición, y funda ésta en los hechos siguientes:

1º—Que el poder ejecutivo objetó el proyecto de ley de que se trata;

2º—Que el proyecto volvió a tercer debate en la Cámara de Representantes;

3º—Que de allí pasó a segundo debate ante el Senado con el fin de considerar uno solo de sus textos;

4º—Que después de segundo debate en el Senado, recibió el tercero allí mismo;

5º—Que el señor Presidente de la República, de acuerdo con el art. 87 de la Constitución, se abstuvo de sancionar el proyecto mencionado, y

6º—Que el doctor José Vicente Concha, como Presidente del Congreso, resolvió sancionar y promulgar la Ley 65 de 1911 la cual se publicó en el Diario Oficial Nº 14.465.

El señor Procurador General de la Nación conceptuó que se debía declarar nula la Ley 65 de 1911 y la Corte procedió a decidir lo que estimó del caso, mediante las siguientes consideraciones que se reproducen en lo pertinente:

“En vista de los razonamientos sobre los cuales sustenta su solicitud el demandante, y en presencia de los hechos que enumera, para acreditar los cuales exhibió varios números del Diario Oficial en que se hallan publicadas las piezas citadas (La Sala subraya ahora para llamar la atención acerca de cómo el demandante doctor Pedro María Carreño entendió de manera cabal sus obligaciones de suministrar la prueba de los hechos en que fundamentaba su acusación) se viene en conocimiento de que la acusación que se hace a la ley 65 de 1911, se funda en que, en su formación y expedición, no se llenaron algunos requisitos que para ello señala la Carta Fundamental.

“Como el derecho que ejercita el peticionario lo deduce de la disposición contenida en el art. 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, reformatorio de la Constitución Nacional, conviene analizar esta disposición con el objeto de inquirir si ella faculta a la Corte Suprema de Justicia para decidir la cuestión en los términos en que ha sido propuesta por el actor.

“Claramente establece el artículo citado, que a la Corte Suprema de Justicia, se le confiere la guarda de la integridad de la Constitución, y allí mismo explica el alcance de este principio, añadiendo que, en consecuencia de él, y además de las atribuciones que a la Corte confieren la Constitución y las leyes, tiene la de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos, que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano, como inconstitucionales. Son, pues, tres los casos, señalados por el estatuto fundamental, en los cuales la Corte Suprema de Justicia ejerce la importantísima función, que él mismo le confiere, respecto a la guarda de la integridad de la Constitución, a saber:

“Primero. Cuando el Gobierno objeta como inconstitucional un acto legislativo o proyecto de ley (art. 90 de la Constitución) y las Cámaras declaran infundadas las objeciones y aprueban el proyecto por las dos terceras partes de los votos.

“Segundo. Cuando se acusa una ley como inconstitucional por cualquier ciudadano.

“Tercero. Cuando se denuncia de la misma manera un decreto.

"De los términos de la disposición citada y de su espíritu, se deduce rectamente que en el segundo de los casos apuntados, las funciones de la Corte, en presencia de una ley acusada ante ella, se limitan a examinar si sus disposiciones como tales, violan o no, preceptos constitucionales; mas no a decidir si la voluntad soberana del cuerpo legislativo, manifestada en forma de ley, se ha ajustado, en cuanto a su expedición, a las disposiciones constitucionales. En efecto, el art. 4º del C. C. define la ley, diciendo que es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional, y que su carácter general es el de mandar o prohibir, permitir o castigar. Por consiguiente, acusada una ley ante la Corte, para que esta corporación pueda entrar a decidir sobre su exequibilidad, debe proceder sobre la base de que el acto legislativo acusado reúne, en cuanto a su forma, las condiciones que la Constitución establece; es decir, que se halla suscrito por los presidentes y secretarios de las Cámaras legislativas, sancionado de acuerdo con la misma Carta Fundamental, y promulgado para que sus disposiciones sean obligatorias.

"Por otra parte, como el carácter general de la ley es el que señala el artículo del código civil ya citado, su análisis, en caso de acusación como ley en vigencia, no puede referirse sino a sus disposiciones, porque es en ellas donde aparece claramente manifestada la voluntad soberana del legislador, y es con ellas con las que propiamente puede infringirse un precepto constitucional, ya atacando la estructura política de la Nación, ya violando los derechos de los ciudadanos.

"La acusación propuesta contra la ley que se examina va encaminada, no precisamente a obtener la declaración de que sus disposiciones violan la Carta Fundamental, sino a que se decida que aquel acto, no es una ley, por defecto en los trámites seguidos para su expedición. Ahora bien: entiende la Corte que la facultad a ella conferida, por el art. 41 citado, no puede extenderse hasta declarar que una ley, no es ley, porque se hayan quebrantado, en su formación, algunas ritualidades prescritas por la Constitución Nacional, pues si de otro modo se entendiese aquella facultad, se daría a la Corte Suprema tal suma de poderes, que invadiría el campo de acción del cuerpo legislativo, lo cual sin duda no ha sido la intención del constituyente de 1910, pues ello iría abiertamente contra el principio fundamental consignado en el artículo 57 de la Carta, según el 2 -Gaceta

cual todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones, principio éste que informa nuestras instituciones y es piedra angular del sistema republicano que ellas reconocen y consagran.

"La atribución que el artículo 41 del Acto Reformatorio da a la Corte Suprema para declarar la inexecutable de las leyes, debe entenderse en sentido limitativo y no extensivo, porque las facultades de las autoridades y funcionarios públicos no pueden ser otras sino las que expresamente les hayan sido dadas, según se deduce del artículo 20 de la Constitución, y porque tratándose con especialidad del Poder Judicial, existe la prohibición terminante del art. 195 de la Ley 147 de 1888, armónico con aquel precepto constitucional, según el cual es vedado a los funcionarios del Poder Judicial ejercer atribuciones que expresa y claramente no les hayan sido conferidas por la Constitución o las leyes.

"No se cree la Corte autorizada para abrir proceso a una ley a efecto de resolver si en los actos preparatorios de ella se infringieron o no las reglas constitucionales. Ello, además de la amenaza que envolvería para la estabilidad de las leyes, equivaldría a llevar la investigación a una época anterior a la existencia de la ley acusada; a deducir su inconstitucionalidad no de los propios términos de la ley misma sino de las pruebas que al efecto se presentasen; y a declarar no la exequibilidad de la ley como tal, sino la inconstitucionalidad del procedimiento empleado para dictarla. Para esto último no se le ha dado competencia a la Corte, y por lo tanto, viniendo al caso que se analiza, no puede ser Juez entre una y otra Cámara a efecto de decidir si en virtud de las objeciones formuladas por el Poder Ejecutivo contra el proyecto que después fue Ley 65, dicho proyecto debió entenderse objetado totalmente, como lo juzgó la Cámara de Representantes, o si sólo parcialmente, como lo estima el Senado".

La sentencia anterior fue obra de eminentes jurisconsultos, dos de los cuales, los doctores Navarro Eusse y Villegas, salvaron sus votos en memorable pieza de la cual se hará mérito adelante.

La jurisprudencia allí consagrada fue reproduciéndose con ampliaciones que llegaron hasta la exageración, en diversos fallos, de los cuales pueden citarse los de 20 de octubre de 1913, 15 de febrero de 1915, 7 de marzo de 1918, 7 de diciem-

bre de 1925, 18 de marzo y 9 de abril de 1927, y 22 de septiembre de 1949.

Además de los serios reparos que formularon los Magistrados doctores Luis Eduardo Villegas y Rafael Navarro Eusse, en su citado salvamento, numerosos tratadistas de derecho constitucional colombiano han encontrado equivocada aquella jurisprudencia de la Corte. Bastará para la información del caso citar algunos apartes de la obra del doctor Francisco de Paula Pérez, "Derecho Constitucional Colombiano", en que se refiere a su turno a las opiniones del doctor Alfredo Araújo Grau.

"Interpretando el precepto constitucional (dice el doctor Pérez), en esta forma, se restringe su alcance. La Corte Suprema es guardadora de la integridad de la Constitución, y en ese carácter, su campo de actividades contempla horizontes mucho más extensos.

"De no ser así, llegaríamos en la aplicación de las disposiciones a un resultado enteramente contrario a la letra y al espíritu del constituyente.

"Si hay que tener como ley lo que llega al estudio de los Magistrados, con la forma exterior de tal, sin ahondar en el proceso de su discusión y aprobación, el problema se vería reducido a términos demasiado estrechos y la eficacia del principio tutelar de nuestro derecho público, perdería mucho de su alta finalidad republicana.

"La Constitución exige ciertas condiciones especiales para que lleguen a ser leyes algunas de las iniciativas de los senadores y representantes. En materia de impuestos y de leyes orgánicas del Ministerio Público, deben tener origen los proyectos en la Cámara de Representantes; cuando se pretende realizar una reforma en la legislación civil y en la de procedimiento judicial, tiene que partir la iniciativa de comisiones especiales o de los Ministros del despacho ejecutivo; en algunos casos, la aprobación de ciertos proyectos de ley, requiere los votos de la mayoría absoluta de los miembros que forman el Congreso.

"Desconocer estos principios es violar la Constitución y desquiciarla en sus bases.

"Admitida en toda su amplitud la tesis de la Corte, hay que aceptar la consecuencia lógica de que el estatuto quedó desguarnecido en emergencias como las que se anotaron, por dejado de investigar el curso de los debates y las irregularidades concernientes a la formación de las que, si bien llenan en apariencia todas las formalidades que una ley requiera, no pueden ser tenidas como tales debida a un origen viciado.

"La Corte no puede limitarse a declarar si el texto que le pasan a su estudio, implica violación constitucional o nó. Al hacer caso omiso de otros puntos esenciales, elude el ejercicio de su cargo de guardián, que vale tanto como centinela o custodio.

"El doctor Alfredo Araújo Grau, en su tesis de grado, excelente monografía titulada **Jurisdicción Constitucional**, uno de los trabajos más eruditos y completos que, sobre la materia, se han publicado entre nosotros, combate con razonamientos incombustibles aquella jurisprudencia:

"La Corte, indudablemente, procedió con ligereza al sentar su famosa doctrina. Parece que no comprendió el problema en toda su magnitud, ni vislumbró sus posibles consecuencias, ya que de esta manera se deja una puerta abierta para futuras, gravísimas arbitrariedades del legislador. Aceptándola en toda su integridad, se sancionarían los más inauditos atropellos a los derechos de las minorías. Porque, por ejemplo, nada más fácil para una mayoría parlamentaria que contara con la complicidad del Poder Ejecutivo, que expedir leyes pretermitiendo todas las formalidades que la Constitución precisamente prescribe en guarda de los derechos de las minorías, si de antemano sabe que la Corte Suprema de Justicia permanecerá impassible ante tales vejámenes. Y no importa que los ciudadanos tengan después el derecho de acusar directamente esas leyes, como inconstitucionales. Porque puede que sus artículos no violen materialmente los de la Constitución, y en cambio contengan disposiciones inconvenientes y perjudiciales que aquellas minorías pudieran con facilidad evitar por medio del razonamiento y la convicción'.

"Siguiendo este camino, se abriría una brecha enorme al estatuto fundamental. La conquista de 1910 quedaría convertida en un débil cerco de importancia secundaria. Las combinaciones de partido y las imposiciones de círculo encontrarían siempre la manera de salvarlo. El mismo autor que acabamos de citar escribe:

"Hay en Colombia un caso muy interesante resuelto por la Corte en dos fallos, fechados respectivamente el 18 de marzo de 1927 y el 9 de abril del mismo año, que comprueban hasta la saciedad los peligros de la doctrina arriba expuesta.

La síntesis del problema es la siguiente:

'a) El Congreso expidió la Ley 77 de 1926, por la cual se aclaran varias disposiciones y se dictan otras sobre división territorial judicial:

'b) El Presidente de la República objetó la ley,

en parte por inconveniente y en parte por inconstitucionalidad, el 18 de noviembre de 1926;

c) El mismo día, las cámaras declararon infundadas las objeciones por medio de simples proposiciones aprobadas por los dos tercios de sus votos;

d) Vuelto el proyecto al Presidente para su sanción, éste se negó a dársela, y ordenó publicarlo sin ella, objetándolo de nuevo como violatorio de la Constitución;

e) En esas circunstancias, fue sancionado por el Presidente del Congreso.

‘Este caso fue como la piedra de toque para la doctrina de la Corte. Se trataba de una violación demasiado flagrante del estatuto que, si se hubiera resuelto en la forma tradicional, habría provocado un verdadero desequilibrio en la vida jurídica del país. Además, la Corte tenía que medir mucho sus pasos, porque el actor principal del drama era nada menos que un profesor de Derecho Constitucional, el doctor Miguel Abadía Méndez, quien a la sazón ocupaba la Presidencia de la República. ¿Qué hizo la Corte en esas circunstancias? Sencillamente, optó por una solución colateral, esquivando con habilidad el fondo del problema. En la primera sentencia, para no decir que allí había una ley inconstitucional, o lo que es lo mismo, nula, conceptuó que se trataba de un simple proyecto que no había alcanzado la categoría de ley, y que por consiguiente no era susceptible de ser estudiado por la Corte en virtud del artículo 41, ya que la facultad que éste consagra ‘puede ejercerse solamente respecto de las leyes y decretos, no en relación con simples proyectos’.

‘Con el mismo criterio, ha debido considerar como simples proyectos todas las leyes afectadas por vicios en el procedimiento. El caso es idéntico; tanto allá como aquí, la forma, en la que tanto hincapié hizo siempre la Corte, es perfecta, tomada como ya vimos, en su acepción de apariencia externa; la ley acusada, como todas las que la Corte se negó a anular antes, llevaba las firmas de los presidentes de las cámaras y estaba sancionada en forma más o menos regular, ya que es sabido que el presidente del Congreso tiene la facultad de hacerlo en algunos casos, según la Constitución’.

Hasta aquí las citas tomadas de las exposiciones de los doctores Pérez y Araújo Grau.

Al traerlas a cuento, lo hace la Corte con el propósito de incorporar elementos de crítica que nunca desestima. Pero observa el contraste tan notorio entre el estilo mesurado del expositor Pé-

rez y el demasiado vivo del otro que cita, quien se vale de expresiones exageradas, propias sin embargo del temperamento juvenil de un novel escritor. Porque si bien hay fundamento razonable en tales censuras, no admite esta Sala ciertos términos demasiado libres, quizá reñidos con los miramientos que se deben a los altos poderes nacionales. La jurisprudencia sostenida —con innegable convicción de buena fe— por los miembros de la Corte, desde 1912 hasta el presente, puede estar equivocada. Mas de ninguna manera justifica el tono encendido con que suele descalificársela. Aún en el curso de los debates sostenidos para llegar al fallo que pone fin a este negocio, se oyeron con profundo respeto las exposiciones de los distinguidos colegas que siguen creyendo con la tradición, que debe mantenerse la doctrina de aquella época. Y en el mismo campo de la desinteresada investigación científica, se mueve actualmente la nueva jurisprudencia. Y tampoco estará fuera de lugar recordar aquí un concepto del Procurador General en su vista recogida por la sentencia del 4 de julio de 1944, cuando dijo: ‘Es necesario tener en cuenta que en los problemas constitucionales, no hay materia leve y que se comprometería la estabilidad del régimen democrático si se pretendiera retorcer o forzar la interpretación de los textos constitucionales a la exigencia de las vicisitudes políticas, cuando lo único que puede aceptarse es que toda la vida política del país, se amolde leal y decididamente a los preceptos de nuestra Carta fundamental’.

(G. J., tomo LVII, pág. 326).

Una vez por todas hay que rechazar por injustas y hasta opuestas a la realidad histórica y a la práctica legalista de nuestro país, que lo ha hecho acordar a la estimación de propios y ajenos, todas aquellas hipótesis —más o menos de color — de maliciosas violaciones de la Carta, ya por parte de nuestras cámaras legislativas, ya por parte de la Presidencia de la República. Grandes es lo cierto que todos los colombianos —a Dios gracias— nos preocupamos por recordar y hacer respetar nuestra sabia Constitución, lo mismo que el emblema de la Patria. Porque si hay que reconocer que a veces se le ha vestido el manto del escarnio del Rey de Burlas, de que hab'aba Concha, mucho más ha sido acatada como Ley de Leyes, según la expresión de Moreno Jaramillo.

Por lo demás importa no exponerse a perder de vista esto: que si la Corte estima necesario, de acuerdo con los principios y aún con la vertiginosa transformación del país, en su economía y

costumbres, cuando ahora se está muy lejos de aquel reposo y sosiego de que gozaban los patriotas de 1912 para legislar, reafirmar sus atribuciones plenas de guardián del estatuto magno, ello no se presta, ni va a prestarse para que, a través de postulados extremos, se pretenda que la Corte Suprema de Justicia cambie su papel discreto de guardián, que sólo puede proceder a moción de solicitudes concretas sobre fundamentos ciertos y bien probadas, ya en vía de objeciones presidenciales, ya por demandas de los ciudadanos y para decidir sobre cualquier clase de infracciones a la Carta, por la de un desaforado y oficioso fiscal que llegara hasta el delirio de abrir causas de inexequibilidad contra proyectos y leyes, ante cualesquiera objeciones, acusaciones o demandas, así fueran hechas con ligereza y sin fundamento suficiente. Porque la facultad que tiene la Corte, y que ahora reafirma, para pedir informes o allegar documentos que considere necesarios, cuando ellos no se le han suministrado, siempre que haya causa evidente y razonable, no habrá de convertirse nunca en obligación imperiosa de suplir una prueba que no se trajo, debiendo traerse, como en el caso de autos. Todo por aplicación de elementales reglas de derecho universal que rigen estas actividades. Pero al respecto no conviene avanzar más sobre conceptos que hallarán lugar oportuno en otro capítulo de estos considerandos.

Baste con haber dejado muy en claro que la Corte entiende sus funciones tutelares de la Constitución, como normas que vienen reguladas por rigurosos principios científicos, y no como arbitrio caprichoso. Que su intervención no implica ni implicará nunca abusiva intromisión en leyes recientes o de antigua data, para escudriñar a la primera iniciativa, hasta los más apartados rincones de nuestros destartados archivos oficiales, buscando elementos con qué sembrar la intranquilidad y el desconcierto. No. La Corte ha sabido ser constantemente fiel a sus elevados y nobles destinos. Sólo intervendrá cuando encuentre motivos serios y probados de que se ha cometido un desafuero contra el estatuto fundamental, y tratará de remediarlo con los medios que éste mismo ha puesto a su alcance, de los cuales jamás se ha dicho ni podrá decirse que haya abusado. Pero de la misma manera como acepta que los demás órganos del poder público están expuestos a errar, aunque nunca consciente y maliciosamente, así también reclama para sí igual tratamiento, aceptando desde luego sus responsabilidades.

Considera, pues, la Corte, que ha llegado el mo-

mento de ensayar una revisión radical de su doctrina anterior, aplicable en estas materias de los llamados vicios de inconstitucionalidad formal, empezando por examinar las opiniones que conforman la tendencia sostenida por los señores magistrados que fueron partidarios de la revisión parcial de la doctrina de 1912. Ello será objeto del capítulo que viene.

CAPITULO II. — La tesis de la rectificación parcial de la doctrina de 1912, influida de manera sensible por la reforma del año de 1945, cuyos antecedentes carecen, sin embargo, de significación positiva al efecto.

El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910 decía así:

"A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrán la siguiente:

"Decidir definitivamente sobre la inexequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación".

El texto anterior fue modificado por el artículo 53 del Acto Legislativo número 1º de 1945, cuyo contenido se transcribirá subrayando las locuciones que difieren de las del texto reformado: el subrayado corresponde en lo impreso a lo que suele ponerse en letra aldina (itálica o cursiva), vocablo correctamente empleado por los señores magistrados Villegas y Navarro Eusse, quienes salvaron su voto en el dicho fallo de 1912.

"A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratar los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionales por cualquier ciudadano.

"En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación".

Se puede seguir la historia de esta reforma en una publicación ordenada por el Gobierno en el año de 1944. De ella se toman las siguientes piezas:

a) Un aparte de la explicación del Ministro de Gobierno, señor Alberto Lleras Camargo, desde los micrófonos de la Radiodifusora Nacional, el sábado 3 de junio de 1944, que puede leerse en la página 27, columna segunda:

b) La redacción primitiva del artículo 147 que en el texto de la reforma proyectada debía seguir al correspondiente al artículo 151 de la Constitución de 1886; véanse ambos en la página 44, columnas primera y segunda, y columna segunda de la página 45;

c) Explicación de la reforma, que corre al final de la columna tercera de la página 44 y comienzo de la tercera en la página 45.

a) **"La Corte, guardián de la Constitución.**—La Corte Suprema (decía don Alberto Lleras) tiene la guarda de la Constitución. Ella dice, en los casos de duda, cuándo una ley es inconstitucional o exequible. Pero la Corte **entiende** (subraya la Sala) que le está vedado entrar a juzgar de la reforma de las leyes. Si una ley viola las normas que el constituyente y el legislador han trazado para su expedición, pero tiene la forma de ley, la Corte no entra a examinarla. La Constitución debe establecer, por lo tanto, que la Corte examina la constitucionalidad de una ley, en su fondo y en su forma. La ley común que entre a disponer o derogar en la materia que le corresponde a la ley orgánica, será inconstitucional, podrá ser objeto, será materia del examen de la Corte y podrá ser declarada inexecutable. La forma, de la ley no es accidental, porque si lo fuera, no valdría la pena que la Constitución precisara cuál debe ser esa forma. Ningún acto del congreso puede violar deliberadamente la Constitución. La Constitución misma debe tener una forma, ser expedida con un procedimiento especial, y si se violare el procedimiento para reformarla, el acto debería ser nulo. La Corte ha de tener facultad para declararlo así. Sin esta garantía, las disposiciones sobre Presupuesto, en la Constitución o en la ley orgánica, no tendrían eficacia".

b) **"Artículo 47.**—A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados

por el Gobierno como inconstitucionales, **en su fondo o en su forma**, y sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el Gobierno, como violatorias de la ley normativa u orgánica, **en su fondo o en su forma**; o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

"También decidirá la Corte si una reforma constitucional es exequible cuando el Gobierno la objete por no haberse ajustado en su forma de expedición a las normas fijadas en el artículo 209".

c) **Explicación de la Reforma.**—Artículo 147.—La modificación de este art. el 149 de la Constitución (aquí se remite la cita al texto que, en la Codificación de 1936, contenía literalmente lo que disponía el Acto Legislativo N° 3 de 1910), consiste en atribuir a la Corte, como facultad nueva, la de decidir definitivamente sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el Gobierno como violatorias de la ley normativa u orgánica, en su fondo o en su forma, agregando también que la Corte podrá declarar exequible un proyecto de ley objetado por el Gobierno como inconstitucional, si no se acomoda su forma a las disposiciones de la Carta, es decir, si ha sido expedido con violación de las normas constitucionales. Se agrega la atribución de la Corte de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los decretos legislativos, acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales.

"Como se ve, no se da la facultad a la Corte de juzgar sobre la forma de las leyes o decretos legislativos acusados por inconstitucionales en acción pública, sino solamente la de decidir, en estos casos, cuando el Gobierno, **que es colegislador** (se subraya para volver sobre esto más adelante), objete por inconstitucionalidad o violador de la ley orgánica, un proyecto de ley cuya expedición no se acomoda a los trámites establecidos en la Carta".

Antes de penetrar en el tratado de las cuestiones propias del presente capítulo, resulta metódico consignar las aseveraciones en que se funda el pensamiento de la Sala para sostener que los antecedentes copiados de la reforma constitucional cumplida en 1945, carecen de valor positivo para interpretar el texto restrictivamente y tomándolo tal como vino a quedar consagrado en el art. 53 de la Enmienda de dicho año, que se dejó igualmente transcrito arriba.

Adviértase en primer lugar que don Alberto

Lleras tomó como punto de partida, para decir que la Corte entiende que le está vedado entrar a juzgar de la forma de las leyes, la misma jurisprudencia de esta Corporación sentada desde el año de 1912. No afirmó, ni tenía por qué hacerlo y menos en calidad de un concepto del Constituyente, que el art. 41 del Acto Legislativo N° 3 de 1910 consagrara objetivamente dicha restricción. Se limitó a consignar el hecho como apreciación subjetiva, sin otro respaldo —se repite—, que la referencia implícita a la propia jurisprudencia de la Corte.

Debe pensarse, en segundo lugar, que si la jurisprudencia de la Corte, contenida en sus fallos anteriores, no ligaba a la Corte, ni siquiera como tribunal de casación, bajo la vigencia del art. 10º de la Ley 153 de 1887, que establecía la **doctrina legal más probable** obligatoria para los jueces inferiores, artículo que fue sustituido por el 4º de la Ley 169 de 1896, mucho menos pudiera sostenerse ahora que, en funciones de la jurisdicción constitucional, que sigue los progresos de la ciencia, la Corte estuviera ligada por su jurisprudencia anterior. La regla justa la expresa el último artículo citado, así: "Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, **lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores**". Y cuenta con que entonces sólo conocía la Corte de asuntos constitucionales por efecto del artículo 90, o sea, cuando solamente decidía sobre objeciones del Ejecutivo a los proyectos de ley. Después vino la jurisdicción constitucional plena con la reforma de 1910.

En tercer lugar, es doctrina definida por los expositores la que trae, por ejemplo Pasquale Fiore, en su conocidísima obra "De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes":

"Las disposiciones que hayan tenido lugar en el seno de las comisiones que hayan preparado un código, las observaciones hechas por lo cuerpos consultivos llamados a examinar el proyecto, las discusiones habidas en el Parlamento, los informes y todos los demás documentos de naturaleza semejante, pueden ser de gran utilidad para determinar el concepto de la ley.

"Por lo demás, hay que tener presente que en todos los casos en que el texto de la ley sea claro o pueda ser aclarado mediante la expresión empleada por el legislador, no puede consentirse

el que se dé importancia principal para transformar la disposición de la ley, a lo que hayan dicho las comisiones en los informes presentados al Parlamento, o los oradores que hayan tomado parte en la discusión.

"Tampoco podemos admitir la opinión de aquellos que han exagerado tanto la importancia de las discusiones tenidas en el seno de las comisiones llamadas a preparar un proyecto de ley, que hayamos de considerar las doctrinas sostenidas en ellas al intento de llegar a redactar un precepto legislativo como una interpretación auténtica del precepto mismo" (Ob. cit. págs. 534 y 535).

Comparando, pues, lo que regía en 1944, cuando hablaba el señor Ministro de Gobierno, según el texto original del artículo 41 del Acto Legislativo N° 3 de 1910, con el texto aprobado por la Enmienda Constitucional de 1945, no hay base alguna para sustentar la tesis de que el Constituyente hubiera entendido limitar las facultades de la Corte, en punto a vicios de inconstitucionalidad formal, al caso de objeciones presentadas por el Presidente de la República a un proyecto de ley, quedando excluidos de la tutela de la Corte, esos mismos casos si le eran sometidos por acusación de un ciudadano.

Al argumento de que antes de 1945 no tenía la Corte facultad para juzgar de los mencionados vicios de forma y que se le hubiera querido otorgar mediante el art. 53 del Acto Legislativo N° 1º de 1945, limitándola a los vicios de inconstitucionalidad formal cuando se estaba en presencia de objeciones del Presidente, pero no ante acusaciones de los ciudadanos, se puede oponer válidamente ese otro de que el propio Constituyente no quiso restringir una facultad que tampoco estaba restringida antes de 1945, que si el texto de la reforma sugerida por Alberto Lleras no pasó, fue precisamente porque los reformadores no tuvieron voluntad de restringir, ni de distinguir, sino más bien dejar las cosas como estaban para que la Corte usara de su derecho o facultad soberana para variar la jurisprudencia, "en caso de que juzgara erróneas las decisiones anteriores" (art. 4º de la Ley 169 de 1896. Actitud cuyas consecuencias benéficas no fue posible prever entonces).

Finalmente, si se profundizan más el análisis, sobre el antecedente invocado, se encontraría que la manera como se trata de interpretar envuelve petición de principio. Porque —se da por demostrado lo mismo que se pretende demostrar. Y porque el señor Ministro de Gobierno fue una espe-

cie de testigo de referencia, cuyo testimonio, aunque muy respetable, no tiene ningún valor en la discusión.

Por lo expuesto la Sala no admite que el antecedente examinado tenga significación positiva para aplicar restrictivamente el art. 214 de la Constitución, con el criterio de la reforma proyectada y que no quedó incorporada en la dicha Enmienda de 1945.

Aclarado lo anterior, procede entrar de lleno a pesar las respetables razones expuestas por los partidarios de la revisión parcial de la jurisprudencia de 1912, algunas de las cuales comparte la mayoría de la Sala, por lo que hace a ciertos principios; no así en cuanto a las consecuencias que de tales principios se derivan por los exponentes de dicha teoría.

Se quebranta la integridad de la Constitución cuando, ya sea en su conjunto, ya sea en alguno de sus elementos, sufre menoscabo.

La Constitución está formada por un acervo de preceptos, el cual sufre menoscabo si se dicta un mandato que vaya contra una cualquiera de las reglas, o si contraría el espíritu que anima y vivifica las mismas.

En la Carta hay artículos sustantivos y artículos adjetivos o procedimentales, y lo mismo se quebranta aquella, cualquiera que sea la índole del estatuto violado; aparte de que es difícil y a veces imposible, establecer con claridad la diferencia que separa lo principal de lo accesorio, lo esencial de lo accidental, lo sustantivo de lo adjetivo.

Cuando dice el art. 214: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente, etc", está indicacando la manera como debe entenderse el mandato de la guarda constitucional, explicando, como lo hace, cuál sea la manera de proceder de la Corte en las acciones de inexequibilidad. Lo anterior implica que la Corte sólo tiene competencia para conocer, en ejercicio de sus atribuciones propias de la jurisdicción constitucional, de dos clases de actos emanados del Congreso, a saber: 1º De los proyectos de ley; 2º de las leyes mismas.

Aquí viene la ocasión para considerar que la función tutelar de la Corte sobre la Constitución es relativa, y que la órbita en que se ejerce está limitada por razón de la materia y por razón de la calidad con que procede la Corte. En efecto: por razón de la materia, se requiere que la vio-

lación se cause mediante una ley en proyecto o mediante una ley perfecta; es decir, actos u omisiones de los poderes públicos que se presenten fuera de aquellas hipótesis, no le dan derecho a la Corte para intervenir, por ejemplo: previene la Constitución que se elijan magistrados de la Corte y consejeros de Estado cada cinco años y cada cuatro, respectivamente: si al Gobierno no le viene en voluntad pasar las ternas, o al Congreso elegir, se viola la Constitución, pero la Corte nada puede hacer para remediarlo; porque no hay acción pública de los ciudadanos, ni el Congreso puede demandar al Gobierno por el no envío de las ternas, ni el Gobierno exigirle al Congreso que elija magistrados.

De otra parte, la facultad de la Corte está limitada por su condición de juez. Sobre el particular ilustra mucho la siguiente cita de Maurice Hauriou, traducida de su conocido "Précis de Droit Constitutionnel", edición francesa de 1923.

"Grave cuestión la de saber si debe mezclarse al juez en el juego constitucional. Hay razones en pro y en contra. De una parte se dice que, si se opta por la afirmativa, se corre el riesgo de tentarlo con ambiciones políticas; pero de otro lado, si se prescinde de él, se corre el riesgo mucho mayor de restar eficacia a las normas de la Constitución. Sea como quiera, está indicado en gran manera hacerle desempeñar aquí un papel que tiene mucho que ver con sus naturales atribuciones. Porque sabemos que lo propio y normal del poder público es crear el derecho, y precisamente en esa función creadora del derecho debe estar particularmente sometido a contrapeso y vigilancia (qu' il doit surtout être contrôlé). Ahora bien: nadie mejor que el juez, nadie más competente que él ni mejor armado para asegurar el control de las reglas de derecho. Porque es cabalmente el funcionario encargado de aplicar esas reglas, de interpretarlas y de resolver sus conflictos. Al juez toca aplicar e interpretar las leyes y los reglamentos; es él quien desata los conflictos entre la ley nacional y la extranjera, los de las leyes antiguas con las nuevas, los de la ley misma con su reglamento. Pueden expedirse reglamentos administrativos que el juez esté obligado a rechazar porque el poder ejecutivo haya quebrantado con ellos la ley, de la misma manera como puede negarse a aplicar una ley extranjera cuando estima que la francesa es la que debe primar; como también dejar de aplicar la ley antigua cuando la considera abrogada por otra nueva.

"Sus armas, muy eficaces, consisten en el rechá-

zo de la aplicación de una regla creada por el poder público, cuando hay alguna razón de derecho para no aplicarla; entonces la obra del poder político resulta desprovista de toda eficacia, es como si no se hubiera realizado, queda herida de parálisis.

“¿Por qué causas hubiera de renunciarse a utilizar esta competencia y este poder del juez, cuando se trata de contener al poder legislativo en la formación de las leyes ordinarias, habiendo por medio una razón de derecho que impide aplicar disposiciones de aquellas leyes, y si esta razón de derecho es la de la contradicción con la superlegalidad constitucional? Esto no sería al cabo otra cosa sino resolver un conflicto entre dos leyes que no son de la misma especie; es interpretar al tiempo la ley constitucional y la ley ordinaria, ver si son conciliables o no, y en este caso sacrificar la de categoría inferior. La declaración de inconstitucionalidad de una ley no es de diferente naturaleza a la declaración de ilegalidad de un reglamento administrativo.

“Vayamos más lejos: la ley constitucional en sí misma tampoco debe escapar al poder del juez, pues hay ocasiones en que el **control** puede ejercerse sobre ella. Por ejemplo, en la **forma**, una enmienda de la Constitución se ha realizado de manera irregular, el procedimiento señalado al efecto no se ha respetado, o también, en el **fondo**, la enmienda constitucional podría estar en contradicción con aquella **legitimidad constitucional** de que ya hemos hablado, que está por encima de la superlegalidad misma, porque se compone de principios y los principios están siempre por encima de los textos.

“¿Por qué, en fin, dentro de los límites de sus poderes contenciosos, el juez no pudiera serlo de la ley constitucional, como lo es de la ley común y como es juez del reglamento?

“No hay ninguna razón de principios que a ello se oponga, antes al contrario, el principio general es el de que **toda ley supone la condición de su aplicación por el juez**, y de aquí se desprende la razón para una solución afirmativa. Esto mismo fue lo que reconocieron los juristas parisienses, cuando se les consultó sobre el ‘affaire’ de los tranvías de Bucarest, y el fallo de la corte de casación rumana prohió aquella opinión. En Rumania no existía ninguna disposición constitucional que previera el **control** jurisdiccional de la exequibilidad de las leyes; los jurisconsultos de que se trata dieron por sentado como principio de derecho, que la potestad de decidir sobre la

constitucionalidad de las leyes, pertenecía a la misión natural de los jueces. Todavía mejor: en aquellos países donde existe el control judicial de la constitucionalidad, como en los Estados Unidos, no vaya a creerse que la Carta federal hubiera establecido esto de una manera formalmente expresa (por lo menos la cuestión se ha tenido como dudosa y ha sido discutida), que no vino a hacer su entrada en el derecho federal sino hasta 1803 gracias a la opinión enunciada por el **chief-justice Marshall** en el caso de *Marbury v. Madison*, y hay que agregar que esta jurisprudencia inicial no tuvo otra base ni otro punto de partida que el reconocimiento de las naturales facultades y poderes de los jueces.

“Si, pues, el control jurisdiccional de la constitución no ha llegado a desarrollarse plenamente en todos los países, ello se explica por diversos motivos: ya porque no se haya entendido su interés práctico; bien por temerse la importancia política que ello pudiera darle a los jueces; tal vez porque el dogma de la soberanía del parlamento resulta incompatible con esta clase de controles; ya sea, finalmente, porque los textos se opongan o parezcan oponerse a lo que indica la necesidad y admite la opinión.

“Sin embargo, todas aquellas causas que le resisten, por muy varias que sean, no impiden que el principio reafirme su existencia y se propague lentamente; más ahora cuando ya se comprende la urgencia creciente de controlar los parlamentos porque su legislación, muchas veces inspirada por las pasiones electorales, se ha vuelto una peligrosa amenaza para la libertad”. (Ob. cit. págs. 302 a 304).

A pesar de que la página anterior pueda haber perdido mucho de su actualidad, particularmente en el ambiente político europeo contemporáneo, es innegable que encierra enseñanzas provechosas para nosotros y que contribuye a hacer ver la necesidad de admitir una nueva doctrina. Porque habiéndole correspondido en suerte a Colombia (junto con Venezuela, quien se adelantó con su sistema constitucional de 1905, al menos en la teoría) ser uno de los primeros países de régimen democrático en el mundo, en consagrar el principio de la jurisdicción constitucional en su derecho positivo, resultó tan avanzado para las ideas dominantes que costó trabajo que fuera comprendido. Así que inició un proceso evolutivo en nuestra doctrina jurisprudencial, al revés del indicado por Hauriou. Porque en lugar de dominar el principio por encima de los textos, fue sojuzga-

do a pesar de los mismos que lo consagraban; y se le crearon resistencias y frenos por espacio de 40 años, impidiéndole andar con el brío que en otros países más avanzados hubieran podido enviárle a Colombia; por ejemplo, la misma Francia a quien tanto debemos por la ciencia y el espíritu. Pero ya era hora de librar al ilustre sujeto de sus cadenas y permitirle recuperar, para bien de nuestras instituciones y su desarrollo jurídico, el uso de sus potentes nervios, recibidos de los privilegiados ingenios que lo supieron engendrar en 1910. Así entiende la Corte Suprema de Justicia de Colombia cumplir con este deber histórico al reconocer el principio integral de la tutela de la Constitución, por el más alto tribunal de justicia, librándolo de las trabas que una interpretación honrada, pero equivocada, había logrado crearle.

Visto, pues, cómo a pesar de su amplitud, de los "horizontes mucho más extensos", que contempla esta actividad, ella resulta jurídicamente moderada por razón de su materia y por razón del carácter con que la Corte procede; se debe continuar el examen del primer intento para reconocer, contra la jurisprudencia de 1912, que la Corte sí podía tener competencia para decidir de los vicios de inconstitucionalidad formal, aunque limitados a los casos de objeciones del Presidente de la República. Esta tesis, que no fue acogida por la mayoría de la Sala que propugnó por la otra que se consagra en el presente fallo, es la que sigue criticando, al reanudar el hilo que había quedado pendiente.

I. — PROYECTOS DE LEY

Conforme a la teoría que se examina, para que la Corte pueda ejercer la guarda de la integridad de la Constitución, tratándose de proyectos de ley o cuando se aprecia la etapa anterior a su promulgación, es indispensable que el Gobierno, dentro de la hipótesis prevista por el art. 90 proceda así: a) que haya presentado ante las Cámaras objeciones de inconstitucionalidad contra el respectivo proyecto; b) que las Cámaras, conocidas tales objeciones, las desechen mediante su insistencia en que el proyecto objetado no peca contra la Constitución; c) que el proyecto pase al estudio de la Corte; d) que la Corte decida, dentro del perentorio plazo de seis días, si el proyecto objetado es, o no, exequible; e) la Corte, en tales casos, y sólo en ellos, tiene facultad para examinar si la ley en proyecto es contraria a la Constitución, tanto por

razones de fondo como por razones de forma, o sea, porque en el proceso de su formación dentro de las Cámaras, se hayan quebrantado las normas señaladas por la Carta, para el trámite de los proyectos; f) el fallo de la Corte favorable a la exequibilidad del proyecto, obliga al Presidente a sancionar la ley; si fuere desfavorable, se archivará el proyecto; g) como consecuencia de lo anterior, si el Gobierno no objeta el proyecto, sino que lo sanciona, la Corte no tiene manera de conocer, en absoluto, de las posibles violaciones en que hubieran incurrido el Congreso o el Gobierno en la formación de la ley.

II. — LEYES

Para que la Corte Suprema de Justicia pueda ejercer la guarda de la integridad de la Constitución, tratándose de leyes, es decir, de proyectos que cursaron en las Cámaras, fueron aprobados por éstas, y sancionó el Presidente, es indispensable que, por cualquier ciudadano, se presente demanda de inexequibilidad. Se entiende, en tal caso, que al ciudadano no le es permitido proponer a la Corte reparos de inexequibilidad que pudieran fundarse en la inobservancia de condiciones exigidas por la Carta, cuyo cumplimiento es anterior a la sanción por parte del Gobierno, aunque tales condiciones no se hubieran cumplido en el hecho.

¿Cuál sea en la Constitución el significado que reviste la sanción del Gobierno? —Ante todo es preciso decir que la sanción no es, o no consiste en la mera formalidad de la firma del Presidente y del Ministro del ramo respectivo, previas las palabras "publíquese y ejecútese". **Sancionar**, en general, es autorizar o aprobar cualquier acto, uso o costumbre, prestarle el peso o apoyo de la autoridad que se tiene. Por eso, en el particular que se estudia, sancionar es darle fuerza de ley a una disposición y no puede olvidarse que la propia Carta, en otros preceptos, establece que le corresponde al Presidente de la República, en relación con el Congreso "concurrir a la formación de las leyes, presentando proyectos por medio de los Ministros, ejerciendo el derecho de objetarlos, y cumpliendo el deber de sancionarlos con arreglo a esta Constitución" (Ord. 7º del art. 118). Y como a suprema autoridad administrativa le corresponde, "promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento" (ord. 2º del art. 120).

Si el proyecto de ley, no es ley en forma defi-

nitiva, sin la sanción del Gobierno, y si la Constitución le atribuye a éste la facultad de objetar los proyectos de ley por inconstitucionales, pero, una vez sancionados, el de velar por su exacto cumplimiento, es porque inviste al Presidente de la República de la investidura, no sólo de colaborador del congreso en la formación de las leyes, de un legislador (asunto discutido sobre el cual se volverá adelante), como se ha dicho, sino, en este caso de objeciones, de **guardián de la integridad de la Constitución, puesto que es a él y no a otro funcionario a quien se le ha conferido la atribución de acusar los proyectos de ley como contrarios a la Constitución.**

La tesis anterior se refuerza con la autoridad del profesor Carré de Malberg, de la Universidad de Estrasburgo. Dicho profesor cita la opinión de Laband (escritor prusiano del siglo pasado,) según la cual "la promulgación tiene valor de juicio, es decir, de una apreciación referente al punto de saber si la ley ha sido creada, bien en cuanto al fondo, bien en cuanto a la forma, según el orden estatutario vigente. Antes de promulgar el jefe del Estado debe, pues, comprobar por sí mismo si la ley ha sido confeccionada de conformidad con el procedimiento establecido por el acto constitucional; si el legislador no se extralimitó en su competencia constitucional al estatuir por la vía legislativa sobre tal o cual objeto reservado al poder constituyente, y si las prescripciones contenidas en la ley no están en oposición con aquellas que consagra la Constitución. Por la promulgación el jefe del Estado certifica en todos respectos la validez constitucional, material y formal de la ley" (pág. 415).

En vista de la tesis anterior, sustentada por Carré de Malberg, con el respaldo de la opinión de Laband, de una vez podría concluirse que, el pretender aplicarla en Colombia, llevarla a la negación absoluta del papel de guardián que nuestro Estatuto fundamental señala a la Corte Suprema. Pero esto también se tratará despacio en el capítulo tercero de los presentes considerandos.

Carré de Malberg observa que la tesis de Laband no es aceptable en derecho público francés. Entre nosotros, si el Presidente no sólo puede comprobar la existencia formal de la ley, la regularidad de su formación, sino también su posible pugna con los preceptos de la Constitución, una vez sancionada, ya no es posible acusarla por los ciudadanos por vicios de forma, por el modo o proceso de su formación, en una palabra, **acusarla como proyecto**, porque esa facultad se la

ha dado la Carta al Presidente de la República, al Gobierno, y no a los particulares (como se ve, este argumento prueba demasiado y niega todo control constitucional, como no sea el del Presidente de la República).

Se entiende, por tanto, que al ciudadano no le corresponde proponer a la Corte reparos de inexequibilidad, que puedan fundarse en requisitos anteriores, o condiciones previas a la sanción del proyecto por el Presidente, aunque tales requisitos o condiciones estén señalados por la Constitución Nacional. Lo dicho implica que compete de manera exclusiva al Gobierno objetar los proyectos de ley cuando éstos no se han conformado con las normas constitucionales en el proceso o trámite previo, propio de la ley en formación. Por tanto:

1º—Ningún ciudadano podrá acusar como contraria a la Constitución una ley que, en su estado de proyecto, no se sometió a los requisitos señalados por el título VII de aquélla; el Presidente de la República como legislador, por ejercer la facultad de sancionar, por tener el derecho de objetar y por ser el único que puede promulgar (salvo casos excepcionales en que esto le corresponde al Presidente del Congreso), es el único competente para decidir (en cierto modo como juez y parte) si las Cámaras le dieron cumplimiento a las normas de todo el citado título VII de la Constitución; según esto, a la Corte no le corresponde intervenir sino cuando lo tenga a bien el Presidente.

2º—Ningún ciudadano podrá acusar como contraria a la Constitución una ley que, en su estado de proyecto, no se hubiere sometido a las condiciones previas señaladas por el segundo inciso del art. 5º, a saber, cuando tratándose de la formación de nuevos departamentos, cambiando así la división general del territorio, la iniciativa no haya partido del número de concejales que han de participar en el plebiscito requerido por la norma citada, y otro tanto ocurrirá cuando no se haya comprobado que el nuevo departamento y aquel o aquellos de que fue segregado, tengan o conserven la población y rentas anuales que se determinan en las condiciones tercera y segunda del mencionado texto: en todas esas hipótesis solamente el Congreso y el Presidente de la República pueden juzgar acerca de si se cumplen o no, las condiciones constitucionales para modificar la división territorial de la República. Salvo si el Congreso y el Gobierno disienten, pues entonces sí podría la Corte en vía de objeciones del segun-

do a un proyecto pasado para su sanción por el primero, conocer y decidir acerca de si estaban cumplidas, o no, las dichas condiciones del 2º inciso del art. 5º de nuestra Carta Fundamental.

Aquí vale anotar, de paso, que para algunas opiniones parece defensible la teoría de que lo relativo a la modificación del territorio, no es asunto de forma, sino de fondo, y que, según ello, podría la Corte, aún dentro de su vieja doctrina, pronunciarse sobre la materia, no sólo por causa de objeciones presidenciales sino también por acción de los ciudadanos; pero según el parecer que se comenta, ya no debe atenderse tanto a la distinción entre fondo y forma, entre sustantivo y adjetivo, sino entre condiciones previas a la sanción de las leyes —de que puede conocer la Corte por objeciones presidenciales—, y otras normas de la Carta que se aplican sin atender a aquella relación cronológica en la formación de las leyes, sobre las cuales también pueden objetar el Presidente de la República y acusar los ciudadanos. Este criterio no lo ha considerado muy seguro la mayoría de la Sala y de ahí que hubiera optado por la tesis de la reforma radical de la jurisprudencia de 1912, precisada más adelante.

3º—Conforme a la opinión que se combate, ningún ciudadano podría acusar como contraria a la Constitución una ley que determinara algún caso de expropiación, en que no hubiera lugar a indemnización, a pesar de que el proyecto sometido al voto en las Cámaras, no lo recibiera en las condiciones previstas por el inciso final del art. 30: corresponde, pues, exclusivamente a las Cámaras (siempre en sentir de la opinión que se rechaza), y al Gobierno decidir si se obtuvo o no, el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra: queda a salvo, como en la hipótesis anterior, el caso de discrepancia entre el Gobierno y el Congreso, en que se le da entrada a la Corte, por vía de las objeciones.

Este es quizá, el aspecto más grave por donde flaquea la teoría de la reforma parcial de la jurisprudencia de 1912. No bastaría entrar a hacer otra salvedad, que multiplicaría las excepciones hasta caer en el más anticientífico casuismo, diciendo que, por tratarse de problemas de la propiedad privada, ya se está indiscutiblemente en presencia de normas de constitucionalidad de fondo que obligarían a la Corte a conocer de la acusación de un ciudadano, en tal hipótesis, si no hubiera habido ocasión para que el Presidente objetara la ley. Pero entonces habría base para formular un dilema: o se acepta como jurídica la

aseveración de que todas las normas constitucionales son sustantivas o de fondo, pues el criterio diferencial a este respecto resulta imprecisable; o se acepta que hay cuestiones constitucionales de fondo cuya apreciación es forzosa aún si la ley se contempla en estado de proyecto. Si lo primero, no habría razón para que la Corte “siguiera entendiendo (como lo dijo Alberto Lleras) que le está vedado entrar a juzgar de la forma de las leyes”; si lo segundo, mucho menos se justificaría negarle a un ciudadano la sola garantía que la Constitución le otorga, cerrándole la puerta para que no pueda acusar la ley en estado de proyecto. En otras palabras: cuando se trata de profundizar en el análisis de los criterios restrictivos, atándose a cualquiera de las tesis, bien a la de la doctrina de 1912, bien a la de su revisión parcial, se advierte que desembocan en soluciones incompletas que dejan parte del problema pendiente.

4º Conforme a la opinión que se combate, ningún ciudadano podrá acusar como contraria a la Constitución una ley que, en su estado de proyecto, hubiera agregado otro u otros Municipios a la Capital de la República, sin haberse recibido solicitud previa de anexión hecha por las tres cuartas partes, de los concejales del respectivo Municipio; es decir, corresponde privativamente al Congreso y al Gobierno decidir si se cumplió o no con la condición señalada en la parte final del artículo 199; con la salvedad ya dicha respecto del conocimiento de la Corte, si Congreso y Gobierno no estuvieren de acuerdo.

Aquí también merece el punto una reflexión más profunda. Todo lo relativo al derecho de las municipalidades está vinculado tan recia y hondamente a nuestra organización democrática, justifica, por tanto, la celosa tutela de la Carta, que bastaría para demostrarlo el siguiente párrafo que escribieron los hermanos Rufino y Angel Cuervo en la Vida de su ilustre padre: “La organización de las municipalidades (en la vida colonial), cuyos privilegios eran como un lejano reflejo de aquellos que fueron fundamento de la antigua libertad española, contenía el germen de la conciencia del derecho y del amor a la cosa pública, hasta el punto de haber servido en ocasiones de freno a las demasías de los virreyes” (Tomo I, Introducción, pág. 1). Por eso también pudo decir un especialista distinguido de la Historia del Derecho Español —Ots Capdequí— que cuando el municipio castellano tuvo que huir del suelo peninsular, perseguido por el despotismo de la

casa de Austria, se refugió en las vírgenes tierras de las Indias donde dio renuevos que todavía son orgullo de la raza.

5º Conforme a la opinión que se combate, ningún ciudadano podrá, finalmente, acusar como contraria a la Constitución, ninguna ley en general que, habiendo debido someterse a determinados requisitos o condiciones previos, señalados en la Constitución misma, para recibir la aprobación del Congreso y la sanción ejecutiva, no lo hubiere sido en el hecho.

Consecuencias prácticas que se derivan de la tesis anterior

Primera.—Una vez sancionado por el Gobierno un proyecto que cursó en las Cámaras, sin objeciones de inconstitucionalidad, o desechadas dichas objeciones por el fallo de la Corte Suprema, hay que admitir que existe una presunción de derecho sobre la constitucionalidad de la ley en cuanto a su forma o manera de expedición y que no presta acción alguna contra ella por este aspecto.

Comentario.—Deben hacerse algunas distinciones, particularmente referidas al artículo 2º de la Ley 96 de 1936, inciso 2º, que dice: "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". Dejando aparte que, según la teoría que se critica, los ciudadanos no pueden acusar por vicios de inconstitucionalidad, cuando ello supone acusar la ley en estado de proyecto, porque, por hipótesis, dicha facultad compete exclusivamente al Presidente de la República, no es dudoso que si la Corte declara constitucional un proyecto, por asuntos de forma, en vista de los reparos que aquél le hiciera, cuando le llega para su sanción, habría cosa juzgada y no sería dable a los ciudadanos proponer de nuevo el negocio examinado por la Corte. Si el Presidente objeta por vicios de fondo y la Corte decide en vista de ellos que el proyecto es constitucional, tampoco es dudoso que si el ciudadano acusa luégo por otro aspecto, así sea por vicios de forma, o por vicios de fondo, pero distintos de los sometidos por el Presidente en sus objeciones, la Corte no estaría impedida

para revisar el negocio y decidir sobre los puntos nuevos. En todo caso, y armonizando el artículo 90 de la Constitución (que señala el término perentorio de seis días para despachar el fallo), con el contenido en la Ley 96 de 1936, arriba copiado, es decir, que esta ley no se aplica de ninguna manera en caso de objeciones del Presidente, la cosa juzgada es completamente igual en los fallos de inexequibilidad y en los fallos de asuntos comunes regidos por el artículo 474 del código de procedimiento civil y disposiciones concordantes. O sea, que tiene efectos relativos a la materia que fue propia del fallo. Si un ciudadano acusa por motivos de inexequibilidad fundados en normas de aplicación previa a la sanción de las leyes, y lo que aquél le somete a la Corte ya fue materia de objeciones presidenciales desechadas por ésta, la cosa juzgada sería innegable. Pero si el ciudadano acusa cuando el Presidente no objetó, u objetó por razones distintas, la Corte debe decidir sobre el fondo del problema: bien sea porque, tratándose de cuestiones de fondo, difieran los reparos del Presidente de los cargos del ciudadano, bien sea porque tratándose de cuestiones de forma o vicios en la expedición de la ley, ocurra otro tanto. Cuando la controversia contempla vicios de forma (inexequibilidad extrínseca), o sea, cuando el ciudadano acusa, como en el caso de autos, debe presentar las pruebas que justifiquen la base de sus cargos, de la misma manera como el Presidente de la República al formular sus objeciones envía, o debe enviar, los documentos pertinentes; si ellos no se envían o se envían incompletos, la Corte puede pedirlos, sin necesidad de abrir la causa a prueba, por medio de una simple providencia del magistrado sustanciador, como cuando se han agotado los ejemplares del **Diario Oficial** que se venden al público; si el ciudadano alega motivos razonables y verosímiles para excusar la falta de presentación de pruebas, como si le fue vedado el acceso a los archivos oficiales o de malicia se le niega la expedición de las copias que solicitó, la Corte puede, a su prudente arbitrio y por ministerio del magistrado sustanciador, ordenar que se traigan las piezas pertinentes, en copia o en originales con carácter devolutivo. Mas si el ciudadano se limita a proceder como el doctor Gabriel Carreño Mallarino, debe contestársele con la jurídica solución sugerida por el señor Procurador: "...cuando un particular sostiene que el Congreso ha quebrantado una norma constitucional atinente a la forma de expedición de las leyes, debe probar la razón de

su dicho mediante pruebas fehacientes, llevando para tal efecto, las certificaciones de autoridades competentes, porque careciendo esta clase de procedimiento de término probatorio, cuando hayan de requerirse pruebas ellas deben ser presentadas con la demanda". Hay razones de derecho universal y argumentos de disposiciones análogas en derecho colombiano que justifican esta solución. En cuanto a las primeras dice el clásico Bonnier: "Es un principio de razón y de seguridad social a un tiempo mismo que el que quiera innovar debe demostrar que es fundado lo que pretende. Este principio ha sido siempre admitido en materia personal. Si me considero acreedor, es absolutamente preciso que demuestre la obligación de mi pretendido deudor, o de lo contrario, no puedo obligarle al pago. En materia real, vemos que el derecho romano primitivo, en el procedimiento de las acciones de la ley, colocaba a las dos partes en una misma línea. Pero luego el derecho pretorio estableció igualmente una presunción en favor del poseedor, presunción que ha llegado hasta nosotros. Exprésanse estas dos verdades por medio de una fórmula más general, cuando se dice que la prueba incumbe al demandante, puesto que el no poseedor o el pretendido acreedor hacen forzosamente el papel de demandantes". (De las Pruebas en Derecho Civil y Penal, tomo I, ed. española de 1928, número 36). Todo esto se funda en que, no siendo el proceso de carácter penal o inculpativo, todos los demás juicios no pueden aspirar a otra cosa que a la verdad **formal** y no a la verdad **real** o **material**; y porque, además, en estos negocios de inexactitud de las leyes ocurre el fenómeno de que habla el doctor Francisco de Paula Pérez cuando dice: "Surge una especie de litigio en que son partes el Constituyente, que reclama sus fueros especiales, y el legislador, que considera actuar dentro de su límite ordinario. Viene un tercero —el órgano judicial— y dice de qué lado está la razón en la querella. No queda sino someterse a seguir la regla trazada". Por tanto, no hay partes en el sentido en que usa este término el artículo 202 del código de procedimiento civil; de ahí que tampoco pueda haber propiamente debate probatorio, de tal suerte que el Presidente de la República en caso de objeciones las pida, o el ciudadano en caso de acusación haga otro tanto, y en ambos contrapruebe el Procurador General. Aquí sólo tiene cabida, como norma que regula un principio enteramente análogo, la que se contiene en el artículo 86 de la Ley 167 de 1941,

aplicable en lo pertinente: "A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos. Se reputan copias hábiles para los efectos de este artículo las publicadas en los periódicos oficiales, debidamente autenticados por los funcionarios correspondientes. Cuando el acto no ha sido publicado, o se **deniega la expedición de la copia o la certificación sobre publicación, se expresará así en la demanda**, con indicación de la oficina donde se encuentre el original, o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el sustanciador antes de admitir la demanda, etc.". Si el demandante se limita a pedir a la Corte que supla, por propia iniciativa, la investigación y acopio de documentos que sirven para justificar sus acusaciones, puede ocurrir una de dos cosas: a) o que el ciudadano pretenda convertir a la Corte en un funcionario de instrucción que debe proceder de oficio ante cualquier denuncia; b) o que el demandante no realizó una investigación cuidadosa de los archivos y se aventuró a sentar afirmaciones ligeras. En el primer supuesto, sería absurdo que la Corte cambiara su papel de guardián por el de demandante o fiscal oficioso; en el segundo, hay que aceptar que opera de pleno derecho la presunción de que ni el Congreso ni el Gobierno van a elaborar leyes contrarias a las normas de la Constitución, pues de la misma manera que a todo hombre se le supone inocente, mientras no se pruebe lo contrario, y de la misma manera que al poseedor se le reputa dueño mientras otro no justifique serlo, y que nadie es deudor mientras no se le pruebe, porque la inocencia, la propiedad y la libertad son la regla en tales casos y lo contrario la excepción, así también no basta que un ciudadano acuse para que la presunción se destruya, porque como dijeron los antiguos: **præsumptio sumitur de eo quod plerumque fit**; la presunción se toma de lo que común y ordinariamente acontece; y lo que común y ordinariamente acontece es que se expidan leyes conformes con la Constitución.

Así entiende la Corte que se hable de **presunciones** en el punto que se examina. Pero no admite que, por el mero hecho de no haber formulado objeciones el Presidente de la República contra un proyecto de ley que se le envió para que lo sancionara, ya deba presumirse, y presumirse de derecho, que aquél se ajusta a las normas que regulan su expedición. Y menos que no les sea lícito a los ciudadanos acusar después la

ley por tal causa, si ellos están en capacidad de acreditar de modo fehaciente los cargos en que se fundan; como tampoco se acepta que la Corte no tenga competencia para decidir sobre la demanda. Luego habrá de volverse sobre lo mismo, ahondando en estas ideas, al refutar los conceptos que se dejan analizados y criticados hasta aquí; particularmente al precisar el sentido de las funciones de la Corte como **guardián** de la Constitución. Importa terminar con el estudio de las otras dos consecuencias que se desprenden de la tesis combatida relativa a la rectificación parcial de la jurisprudencia del año de 1912.

Segunda.—La Corte Suprema de Justicia decidirá sobre la exequibilidad de los proyectos y de las leyes, solamente en las condiciones que acaban de precisarse y, por tanto, aun cuando encontrare acreditado un cargo de inconstitucionalidad, o sea, de quebrantamiento de las normas supremas, se abstendrá de decidir sobre la demanda, si hallare que ésta se funda en la pretermisión de condiciones señaladas por el estatuto como previas a la sanción de la ley, las cuales no se hicieron valer a través de objeciones por parte del Presidente de la República.

Comentario.—Como la cuestión doctrinal ya ha sido suficientemente estudiada bastará, para rechazar por injurídica esta tesis que es consecuencia de principios deleznable, fijar la atención en el contraste que ofrecen las demandas de los doctores Carreños, padre e hijo, con un intervalo de cuarenta años: en la de 1912, se trataba de acusación por vicios en la formación de la ley y el acusador presentó las pruebas en que basaba sus cargos; entonces la Corte, por razones de doctrina, fue sorda y ciega y se abstuvo de despachar el negocio en el fondo, negando su competencia para pronunciarse sobre la demanda; en la de 1952, se trata de acusación por un vicio relativo también a la formación de la ley acusada, pero el actor se abstiene de suministrar a la Corte las pruebas correspondientes, sin ensayar siquiera la explicación del motivo para ello, olvidando que el artículo 86 de la Ley 167 de 1941 le indicaba un camino fácil para seguir, y pone a la Corte en trance de fallar, por razón de principios indiscutibles, sin la oportunidad de una investigación que le hubiera permitido verificar si el demandante estaba en lo cierto. Y es porque sería muy precaria la vida de la nueva doctrina, si se la dejara expuesta a fomentar demandas ligeras y hasta te-

merarias (que no es el caso del doctor Carreño), transformando el orden jurídico y arrastrando a la Corte a convertirse, como tanto se ha dicho, en el cuerpo de este fallo, en desaforado fiscal de los actos del Congreso y del Ejecutivo, escudriñando en todos los rincones de nuestros averiados archivos públicos, elementos con qué sembrar la inseguridad y hasta el desconcierto. Con razón se dijo en el curso de los debates, que de ser ello así, que de darle semejante sentido a la nueva jurisprudencia, no estaría lejano el día en que se le ocurriera a cualquier ciudadano acusar la ley, o el acto por el cual se creó el Departamento del Valle, y ante la imposibilidad para el demandante de hallar documentos con los cuales justificara su acusación, echara la carga de la prueba sobre la Corte, poniéndola así, por lo menos, en ridículo.

Esto no sería ciertamente interpretar la norma que consagra la tutela de la Constitución por la Corte, sino socavarla por sus bases.

Tercera.—No sólo a la Corte Suprema de Justicia se le ha confiado la guarda de la integridad de la Constitución. Al Presidente de la República le toca de manera exclusiva ejercer dicha guarda, sin que exista posibilidad de revisar la decisión del Presidente, cuando están por medio las normas que consagran requisitos o condiciones previos al otorgamiento de la sanción constitucional, a que se refiere el ordinal 3º del primer inciso del artículo 81 de la propia Constitución.

Comentario.—Se reserva para el capítulo siguiente donde se exponen las causas de orden científico y técnico para variar radicalmente la doctrina de 1912, salvas las limitaciones que se dejan tratadas.

Capítulo III.—Nueva jurisprudencia de la Corte sobre guarda irrestricta de la integridad de la Constitución, la cual no quiere decir que aquélla cambie su indiscutible misión, por la de una entidad oficiosamente fiscalizadora de los actos propios de la formación de las leyes.

Introducción.—La teoría que se deja anteriormente resumida y parcialmente refutada, junto con algunas tesis que adopta la Sala, unas veces en armonía y las más en oposición con aquélla, se inspira hermenéuticamente en la consideración aislada de los fines de la institución, apreciados con criterio unilateral y edificados sobre la frase

"en consecuencia", contenida en el artículo 214 del Estatuto.

Pero es lo cierto que el mismo autor prusiano, cuyas ideas acogen algunos de los señores Magistrados disidentes, es decir, Laband citado por Carré de Malberg, ha observado con bastante acierto:

"La ciencia del derecho no es la ciencia de los fines, pues no tiene por objeto definir las instituciones o los actos jurídicos según su finalidad, sino según su estructura, sus elementos constitutivos, su contenido, y, sobre todo, sus efectos de derecho. La razón de ello es que actos jurídicos de naturaleza diferente pueden perfectamente ser utilizados con un mismo fin y, recíprocamente, el hecho de que dos actos tiendan a fines diferentes no prueba que dichos actos tengan necesariamente una consistencia jurídica distinta (Carré de Malberg, Teoría General del Estado, Méjico, 1948, pág. 253)".

Aplicando, con las naturales reservas, estos principios al estudio del artículo 214 de la Constitución, sería igualmente equivocado prescindir de investigar cuál sea el fin perseguido por la norma, como detenerse en el mero análisis de dicho fin, de manera tan exclusiva que se utilicen con criterio exegético, ya las propias voces del texto analizado, ya las teorías expuestas por autores foráneos.

Resulta preferible partir, como de una base segura, del pensamiento realista de que el problema es quizá más complejo que simple, y de que, por lo mismo, han de examinarse sucesivamente con mucho cuidado: los fines, la estructura, los elementos constitutivos, el contenido y los efectos de derecho, consagrados por el artículo 214 de la Constitución vigente en Colombia.

De aquí se desprende sin dificultad un plan metódico para la distribución de las materias de este capítulo, agrupadas en dos secciones, la primera de las cuales, de sentido fuertemente positivo, se dedicará a investigar el significado de esa tutela o "guarda" de la Constitución encomendada a la Corte Suprema de Justicia; y la segunda tocará brevemente lo relativo al poder colegislador del Ejecutivo, a propósito del valor constitucional de la figura jurídica de la "sanción" cuyo sentido es más bien de aspecto negativo.

SECCION I.—La guarda de la integridad de la Constitución

Al meditar sobre el contenido del artículo 214 que consagra —como se ha dicho y repetido— la

guarda de la integridad de la Constitución, a cargo de la Corte Suprema de Justicia; cuando se toma en cuenta que la integridad de la Constitución puede sufrir menoscabo (según lo afirma acertadamente la misma teoría discutida en el capítulo anterior), no sólo cuando se atenta contra las normas que ella traza para lo sustancial de las leyes, para su materia prima, que dirían los escolásticos, sino también cuando se traspasan sus mandatos en lo tocante a la forma sustancial de las mismas (para seguir con la misma técnica), o, simplemente, en lo que atañe al proceso de su formación; cuando se admite que el Gobierno puede objetar un proyecto y el ciudadano acusar una ley; fuerza será aceptar que en todo ello no se consagra únicamente determinado fin, al cual se ordenan dos medios diferenciados con eficacia restringida, o, si se quiere, con eficacia desigual. No: allí hay algo más.

Por obra de la interpretación exegética, fundada exclusivamente en las notas destacadas, se hace derivar del texto una distinción que el texto mismo no instituye de manera autónoma, quiere decir, que no la crea de manera original, sino que la toma del cuerpo de la Constitución en proceso de síntesis. Porque la distinción entre **proyectos de ley** y **leyes**, no la establece el artículo para separar las normas constitucionales, en proceso de análisis, aplicables previamente a la sanción ejecutiva poniéndolas de un lado, y en el opuesto, las normas constitucionales aplicables con posterioridad a la misma sanción.

Si así no fuera, ¿cómo explicar la falta de simetría lógica entre las objeciones del Gobierno y las acusaciones de los ciudadanos?

No se comprende cómo pudiera sostenerse que el Gobierno pueda objetar por reparos intrínsecos, lo mismo que por reparos extrínsecos, en tanto que se le niega esta facultad a los ciudadanos, a los cuales no se les permite acusar sino por razones de inconstitucionalidad intrínseca.

Fuéra de que se infringe la norma vulgar de que **ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio iuris esse debet**, se pierde de vista que el artículo 214 comentado, es una institución que, además de su finalidad inequívoca (la guarda de la integridad de la Constitución), tiene una estructura internamente armónica, unos elementos constitutivos que no pueden recortarse por consideraciones de forma (criterio de la sanción que se enfocará de nuevo adelante), un contenido pleno de espíritu vivificante del más puro origen republicano y del más profundo sentido democrático y, sobre todo,

unos efectos de derecho que no están siquiera en la órbita de las leyes comunes, sino que se mueven por encima de ellas, y que fluyen de modo directo del Poder Constituyente: de tal suerte que el fuero de la Corte por este aspecto es inviolable, completo y refractario a limitaciones que no tuvo en mira el autor del precepto, creador de la admirable institución, sino que, por el contrario, van a buscarse en fuentes que le son extrañas.

Cuando el texto dice que, como una consecuencia de la guarda de la integridad de la Constitución, se le dá a la Corte la facultad especial de decidir de las objeciones del Presidente y de las acusaciones de los ciudadanos, sólo puede entenderse rectamente lo que dijeron los magistrados Luis Eduardo Villegas y Rafael Navarro y Euse en su salvamento de voto, que, como dice a su turno el doctor Pérez, "resisten las más severas acometidas y el análisis jurídico más despiadado". Se toma de aquella pieza el mismo trozo reproducido por Pérez:

"Si lo puesto bajo la guarda de la Corte es la integridad de la Constitución, es patente que aquélla ha de velar porque a nuestra Carta no se le dañe, lastime o hiera, en cualquiera de sus disposiciones, por ninguna ley del congreso o decreto del poder ejecutivo. Las partes del Estatuto Fundamental son sus artículos. Uno cualquiera que se viole, es una de sus partes que se altera. Es algo que atenta contra la integridad de la Constitución. Y la Corte está en el deber de impedirlo, para cumplir su deber de guardar íntegramente esa Constitución.

"¿Pero se requiere algún requisito para que la Corte ejerza dicha facultad?

"Sí: la Corte no puede proceder por propia iniciativa, o sea de oficio. Es menester, según el caso, que se cumpla un hecho o que se haga una solicitud. El hecho es: que el Gobierno objete como inconstitucional un acto legislativo y que las cámaras insistan en él, con los dos tercios de los votos de sus miembros. La solicitud es de cualquier ciudadano y respecto de todas las leyes. Los vocablos cualquier y todas empleados en dicho artículo 41, están pregonando que no hay en Colombia ciudadano alguno que carezca de derecho a pedir que se declare la inconstitucionalidad de toda ley, y que no hay ley alguna que, pecando contra un precepto de la Constitución, sea éste el que fuere, no deba ser declarada inexecutable por la Corte. Y decimos deba, y no pueda, porque si los derechos y las obligaciones son necesariamente correlativos, teniendo cualquier ciudadano el

derecho de acusar de inconstitucionales todas las leyes que lo sean, en la Corte existe el paralelo deber de decidir si es, o nó, executable la ley acusada".

Vale la pena copiar también el aparte de dicho salvamento en que los ilustres magistrados consignaron su parecer sobre la cuestión de las pruebas:

"El ciudadano doctor Pedro María Carreño ha pedido que se declare inexecutable, la Ley 65 de 1911, y ha expuesto las causas específicas de la inconstitucionalidad, que son el quebrantamiento del artículo 41 del A. L. número 3 de 1910, reformatorio de la Constitución, y el quebrantamiento de artículos del título VII de la Constitución, singularmente el 87. **Si con los documentos oficiales que acompañó el demandante se acredita que se violaron esas disposiciones**, en nuestro concepto la Corte se halla en el deber de decidir que la memorada ley es inconstitucional".

Guardián, conforme al léxico, es la persona que guarda una cosa y cuida de ella. En este sentido se supone que no sólo la Corte, sino todos los órganos del poder público, corporaciones o funcionarios individuales, guardan la Constitución y cuidan de ella.

Pero al expresar ésta de manera tan notoria en un texto especial donde se declara que la función de guardián se le confía, como una función más (además, dice el artículo 214), esto es, fuera de las que le señalan y atribuyen otros textos de la propia Constitución y aún de las leyes ordinarias, está indicando de modo inequívoco y hasta enfático que es a ella —a la Corte Suprema de Justicia— a la cual se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. Es, por tanto, dicha guarda, por obra del querer del Constituyente, una guarda exclusiva que, con el carácter implícitamente definido por el artículo 214, la Corte no comunica con ninguna otra persona, funcionario o entidad del servicio público. De esta guarda así entendida, emana el poder supremo y la facultad eminente de la **jurisdicción constitucional**, atribuida a la Corte; cuyos fines, estructura y modo de funcionamiento no permiten confundirla con ninguna otra institución, como se comprueba por lo que sigue:

a) Es una jurisdicción especial cuya competencia supone o envuelve la jurisdicción ordinaria; porque como la competencia, definida en el código de organización judicial (artículo 143), ésta también es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en

determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República; y con esta investidura previa de la jurisdicción, la Corte recibe el cargo de guardián de la Constitución;

b) Pero es algo más, superior o de mayor categoría, porque esta jurisdicción produce la competencia para ejercer, por autoridad directa de la Carta Fundamental y en determinados negocios, la potestad de pronunciar el derecho, de **declararlo** (en su sentido castizo de ponerlo en claro, definiéndolo y deslindándolo; no en el sentido vulgar de “manifestarlo”), que se eleva por encima de las leyes ordinarias y que pertenece a la raíz misma de la soberanía nacional;

c) Los fines de esta guarda, ejercida en nombre de aquella soberanía y por autoridad del Constituyente, con calidad de juez supremo, que conoce en única instancia, se mencionan de modo categórico por el texto comentado: tales fines: la integridad de la Constitución Política del país, mantenida a través de proyectos y leyes susceptibles de entrar en pugna con las normas trazadas por la primera; concepto de perspicuidad absoluta que no se compagina con restricciones, limitaciones o recortes de ninguna clase, especie ni condición, hasta tal punto que es improcedente introducir entre proyectos y leyes dos hipótesis directamente inversas, de las cuales el Constituyente sólo hubiera previsto una nada más, regulándola de tal manera que hubiera de entenderse que la regulación de la hipótesis contraria lo hubiera sido precisamente en sentido contrario también; pues, como lo enseña la lógica jurídica, tales son el valor y el alcance de los argumentos a **contrario**, de donde se deducen los conocidos aforismos tan usados por los prácticos: **qui de uno dicit, de altero negat; qui de uno negat, de altero dicit; inclusio unius fit exclusio alterius; exclusio unius, fit inclusio alterius** (Cf. Manuel de Logique Juridique, F. B. de Saint-Prix, nums. 62 a 69). Ejemplo a propósito sería el texto de la reforma presentada en 1944, por Alberto Lleras, para la redacción del artículo 214:

“Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, **en su fondo o en su forma**, o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, etc.”. Con la explicación de la reforma se precisaba que al no autorizar a la Corte para decidir de las acusaciones de los particulares, diciendo que podían hacerlo por defectos de fondo o por defectos de forma, quedaba excluida la segunda hipótesis;

3—Gaceta

si bien se puede advertir que la redacción tampoco resultaba muy feliz, porque mejor y más claro hubiera sido decir: “o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados, en su fondo, por cualquier ciudadano”. Esto hubiera sido más técnico si lo que se quería era definir que a los ciudadanos les estaba vedado acusar por defectos de forma; porque, de otro modo hubiera quedado la duda de lo contrario; y ello se explica debido a que el supuesto tiene cuatro miembros y no dos, como para que opere la regla del “inclusio unius alterius est exclusio”. La verdadera lección que de este antecedente se deduce —como ya se hizo notar arriba— es la de que el Constituyente no tuvo voluntad de innovar, sino que dejó las cosas como estaban para que la Corte en su sabiduría resolviera si mantenía o modificaba su jurisprudencia: lo cual resultó muy sensato para bien del país y del derecho.

d) En su estructura, la guarda de la Constitución por la Corte, supone que ésta tiene el deber y, por consiguiente, la facultad correlativa, para pronunciar un fallo o decisión cuando las personas indicadas por el propio Constituyente elevan a conocimiento de esta corporación cualquiera de los actos previstos por la Carta misma como aptos para contrariar sus disposiciones, sean éstas de la naturaleza que fueren, sustantivas o adjetivas, principales o accesorias, de fondo o de forma, de trámite o de contenido regulador; dichos actos no son otros sino las leyes, ya sean tales o perfectas, bien se hallen en potencia próxima o estado larval, es decir; no hayan salido de la categoría de proyectos;

e) Las personas que pueden llevar a conocimiento de la Corte y solicitar su intervención ante posibles infracciones cometidas con un proyecto de ley o con la ley misma, bien entendido que si el proyecto no lleva impulso genético bastante, el interés jurídico para que la Corte intervenga tampoco podría darse, son:

1º El Presidente de la República cuando el proyecto aprobado por las Cámaras le llega para su sanción, y

2º Cualquier ciudadano, con tal que la ley haya sido sancionada y promulgada.

Respecto de lo primero, la Constitución no reza que sólo al Presidente o al Gobierno le compete someter a la Corte la hipótesis de inconstitucionalidad extrínseca, o de violación de las normas contenidas en aquélla para regular los trámites preparatorios de la ley. No. Se dice simplemente que el Gobierno puede objetar un acto del Congreso cuando a juicio del primero se opone a la

Constitución. Y hay que reconocer que entonces se trata de una medida preventiva, medida que, según la historia de nuestro Estatuto, se juzgó como filtro suficiente para evitar que pasaran leyes contrarias a la Constitución. Autoriza esta afirmación, lo que dijo el señor Caro en la sesión del 15 de mayo de 1886, en el Consejo de Delegatarios: "...en las deliberaciones de la comisión, tuve también el honor de proponer otro artículo, por el cual se dispone que cuando el Gobierno objeta una ley por razón de inconstitucionalidad, no basta la insistencia del Congreso para obligar al jefe del Gobierno a sancionarla. En ese caso, el proyecto pasa a la Suprema Corte, la cual decide el punto, y es en efecto quien debe decidirlo, porque no se trata ya, como en otros casos, de conflicto de opiniones o voluntades entre **poderes colegisladores** (advirtiéndose que para don Miguel Antonio Caro, lo mismo que para el señor Lleras Camargo, el Ejecutivo es un poder **colegislador**; los testimonios de estos estadistas son de mucho valor por no haber sido abogados profesionales sino hombres de gran talento universal y, por lo mismo, más imparciales cuando se trata de apreciar temas de esta índole), sino de una cuestión de derecho. Si el Consejo adopta esta regla, aprobada después de maduro examen por la comisión, **no habrá probabilidad moral de que se expidan leyes inconstitucionales...**" (Miguel Antonio Caro, Estudios Constitucionales. Bogotá, 1951, página 144).

Pero el artículo 214, que se estudia, no dice, ni puede ello deducirse por interpretación, que estando excluidos los ciudadanos de intervenir en la tramitación de los proyectos, y correspondiéndole al Presidente el derecho de objetar, de ahí deba concluirse que a los ciudadanos les está vedado acusar la ley por contraria a la Constitución, cuando el Gobierno se abstuvo de hacerlo, bien por voluntad directa, bien por voluntad indirecta, aunque se pueda demostrar que se infringieron las normas del estatuto fundamental que rigen para la formación de la ley.

Distinto sería el caso, si habiendo decidido la Corte, en vía de objeciones al proyecto, luego se levantara el mismo problema y por idénticos motivos, en la acusación de un ciudadano: ahí habría que admitir que existe la cosa juzgada y que la acción popular está excluida. Pero si el Gobierno se abstiene de objetar el proyecto, debiendo hacerlo, y el ciudadano acusa, nada puede oponerse para que la Corte admita la demanda y falle en el fondo del asunto, porque la Constitución

desde 1910, y a diferencia de lo que ocurría bajo el régimen en que intervino el señor Caro, tiene instituido un doble medio para que la Corte cumpla con su papel de guardián.

Otros corolarios pudieran formularse como resultado del análisis precedente, pero se omiten en gracia de la brevedad.

Si el Presidente de la República deja pasar inadvertidamente la violación de la Carta, cuando la ley apenas sea un proyecto y le otorga la sanción a pesar de ello, o aún en extremos moralmente imposibles, que tanto el Presidente como el Congreso resolvieran de común acuerdo votar leyes y sancionarlas a despecho de los requisitos exigidos por la Constitución, queda el recurso para que los ciudadanos vuelvan por sus fueros y acusen.

Interpretaciones de otra índole que conduzcan a resultados como el de esterilizar, aunque sea parcialmente, la norma interpretada, son rechazadas por la hermenéutica jurídica con base en el conocido argumento, contenido en la vieja fórmula de **potius ut valeat quam pereat**. (Logique Juridique, ob. cit., Nº 75).

En esta parte se aplica la teoría general de la eficacia de los actos jurídicos, de la cual tenemos un bello ejemplo en la regla del artículo 1620 del código civil: "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".

Cuando la disposición estudiada, artículo 214 de la Carta, dice que se le confía a la Corte la guarda de la integridad de la misma, consagra un fin jurídico consubstancial a todo su cuerpo, según se demostró al analizar en el capítulo precedente todo lo relativo a la estructura, elementos constitutivos, contenido y efectos de derecho. Ahora es el caso de reafirmar este concepto, derivado de la consagración de los fines de la institución, los cuales están unificados y no pueden dividirse, lo mismo que no son susceptibles de tal división las causas finales en cuanto simples y fundamentales. Al hablar el texto de **proyectos de ley y leyes**, no está distinguiendo el fin indivisible de la guarda, a que se ordena principalmente la estructura y contenido de la institución: está señalando las vías o medios de donde puede resultar el atentado contra la integridad del cuerpo de la Constitución, y, respecto de esos medios o vías con que se puede prever el atentado, la norma le señala a la Corte su deber de guardián.

SECCION II.—La sanción constitucional

Procede ahora de acuerdo con el plan trazado, estudiar lo relativo al problema que se anunció en el título. Para esto conviene citar antes algunos párrafos del tratadista contemporáneo francés Julien Laferrière, quien dice en su obra "Manuel de Droit Constitutionnel":

"Preeminencia de la Constitución sobre las leyes comunes.—El control de la constitucionalidad de las leyes

"Nota preliminar.—El problema del control de la constitucionalidad se extiende a los actos de todas las autoridades públicas. Pero en la práctica sólo se presenta respecto de las leyes o, más generalmente, de los actos del Parlamento. En cuanto a los actos del poder ejecutivo, basta el control de la jurisdicción contenciosoadministrativa, cuyo desarrollo alcanzado hasta hoy asegura el principio del sometimiento de aquellos actos a la rama judicial. Así es como se consigue controlar constitucionalmente los actos del poder ejecutivo por medio de un recurso llamado de **exceso de poder**, ante el Consejo de Estado, salva la excepción que resulta de la teoría de los actos de gobierno.

Una segunda consecuencia de la teoría de las constituciones rígidas, es la que suele designarse con el nombre de **superlegalidad constitucional**.

"En la jerarquía de las reglas jurídicas del Estado, la ley constitucional (en el sentido de Constitución) ocupa la categoría más elevada; es superior a la ley ordinaria; porque si bien puede modificarla, en cambio no puede ser modificada por ella (advuértase la verdad de esta teoría ante el artículo 9º de nuestra Ley 153 de 1887, que dice: **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**". Al instituir la Constitución un órgano legislativo, le ha impuesto limitaciones y preceptos, tanto en cuanto a la extensión de sus atribuciones como respecto a la manera de ejercerlas. Si el órgano legislativo que deriva su existencia de la Constitución, la cual le confiere poderes limitados, desconoce, en la forma o en el fondo, los términos o límites dentro de los cuales está encerrada su acción, excederá sus poderes, y todo acto del órgano legislativo que extralimite su competencia constitucional, es juri-

dicamente inválido (advuértase que en derecho colombiano la extralimitación de funciones hace responsables, en principio, a los funcionarios, de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución; y que el artículo 75 de la misma dice que **"Toda reunión de miembros del Congreso que, con la mira de ejercer el poder legislativo, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, será ilegal; los actos que expida, nulos; y los individuos que en las deliberaciones tomen parte, serán castigados conforme a las leyes"**).

"Los actos ejecutados por el legislador, fuera de su competencia constitucional, son jurídicamente inválidos. Una ley ordinaria opuesta a la Constitución, es una ley jurídicamente nula y, por tanto, no puede producir efectos. Algunas constituciones modernas lo dicen expresamente, como la de Checo-Eslovaquia de 1920; la de Irlanda de 1937 y la de Lituania de 1938.

"Por lo demás, poco importa que esa nulidad no esté expresamente enunciada por la Constitución; pues se halla implícita en la idea misma de Constitución rígida y es la consecuencia necesaria del principio conforme al cual, aquélla no puede ser modificada por una ley ordinaria. Sobre este punto no hay dificultades.

"Ellas se presentan, y muy grandes, cuando se trata de organizar la sanción de dicha nulidad. Si no se quiere que la supremacía de la Constitución quede reducida al estado de pura tesis platónica, hace falta crear una autoridad, independiente del Parlamento, a quien se le encomiende la tarea de sancionar, mediante la invalidación jurídica, aquéllas en que se reconozca algo contrario a la Constitución.

"La cuestión del control de la constitucionalidad de las leyes en Francia

"Como ninguna de nuestras Constituciones ha contemplado el problema, el estado del derecho positivo francés puede resumirse en las dos tesis que siguen:

1ª El control, respecto de la constitucionalidad externa es posible;

2ª Los Tribunales franceses niegan el control de la constitucionalidad interna de las leyes.

1ª La doctrina admite, en general, que los Tribunales pueden controlar la constitucionalidad externa o formal de la ley, es decir, verificar si el texto invocado ante ellos, es realmente **una ley**, en el sentido que pide la Constitución. Estas exi-

gen para la composición de la ley, ciertos requisitos de forma, en defecto de los cuales, la ley no puede venir a la vida jurídica. De acuerdo con la Carta de 1875 se necesita para que un texto se convierta en ley, de cuatro condiciones, a saber: a) que haya sido votada por las dos Cámaras en términos idénticos; b) que en el curso de sesiones ordinarias y legales se haya hecho la votación respectiva; c) que haya sido **promulgada** por el Presidente de la República.

“Un texto que no reuniera todas estas condiciones de forma no sería ley; no habría existido como tal, aunque el título se le hubiera atribuido falsamente. Muchas veces ha ocurrido que el *Diario Oficial* publique como leyes, textos que las dos Cámaras no han votado en términos idénticos. Hasta se ha dado el caso de publicar como ley un texto que sólo fue votado en la Cámara de Diputados. (Duguit: *Derecho Constitucional*, tomo IV, página 636; Jeze: *Una ley inexistente*; *Revista de Derecho Público*: 1915, pág. 576).

“A decir verdad, no se trata propiamente de la constitucionalidad de la ley, es decir, de su validez, sino de su existencia misma (entre nosotros vale recordar que el derecho no distingue entre inexistencia y nulidad o invalidez. Véase el artículo 1740 del código civil que consagra la doctrina general al respecto).

“No se ve bien por qué los tribunales no puedan controlar, al menos, si el texto que se les pide aplicar como ley, sea realmente una ley; o cualquiera otra cosa que, usurpando ese título, se halle desprovista de la fuerza que la Constitución le señala, y que no merezca aplicársele siquiera sea por dicho concepto.

“Vale recordar que en 1833, el Procurador General expresaba ante la Corte de casación: ‘La ley, no puede tener este carácter sino a condición de haber sido votada por los tres poderes (sic) conforme a la Carta, tampoco puede confundirse con otro acto cualquiera que se invocara como si fuera ley, cuando es lo cierto que de ella no tiene sino el título tras del cual se ampara indebidamente sin haber recibido la votación constitucional’.

“La Corte de casación parece haberlo consagrado así, adoptando, si bien de modo implícito esta solución, cuando dijo: ‘Considerando que la ley del 8 de octubre, deliberada y promulgada en las formas constitucionales, hace la regla de los tribunales’. (Casación del 11 de mayo de 1833).

“La doctrina francesa es general en este sentido.

“Con todo, no ha habido unanimidad sobre el punto. Se afirma, en efecto, que la verificación de la existencia de la ley resulta de la **promulgación**, y ésta no es otra cosa que el certificado oficial expedido por el Presidente de la República acerca de que el texto que reproduce el decreto de promulgación, ha sido adoptado por ambas Cámaras y, en consecuencia, es ley de la República. La Constitución ha confiado la misión de verificar la existencia de la ley, únicamente al Presidente de la República; el testimonio de éste, tiene al respecto un valor definitivo. Lo único que pueden hacer los Tribunales es cerciorarse de si la ley ha sido promulgada, sin que tengan facultad de remontarse más allá, limitándose a averiguar la exactitud de aquel hecho (esta es la tesis de Carré de Malberg citada por Laferrière, remitiéndose al número 149 de su obra *Teoría General del Estado*, pág. 415).

“Si, por consiguiente, de acuerdo con la opinión que nos parece preferible, el problema de la inexistencia de la ley puede suscitarse a pesar de la promulgación, ello no debería proceder sino por vía de excepción, es decir, cuando se ha hecho valer ante los tribunales, una ley que carezca de semejante requisito (obra citada, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2ª edición. París, 1947, página 331”. Hasta aquí Julien Laferrière.

Pasando ahora al examen del punto que se trae, en derecho colombiano, no hay que olvidar que tanto la calidad que tenga el Gobierno como poder colegislador, como la determinación científica y jurídica del valor que tenga la sanción constitucional, en este sentido, ha sido materia de encontradas opiniones, tanto entre los que han estudiado el punto desde el ángulo del derecho público, como entre quienes lo han contemplado incidentalmente al comentar algunos textos del código civil.

Que el Gobierno no es colegislador lo han sostenido en Colombia, publicistas como el señor Samper y el doctor Tascón. El primero se pronuncia de la siguiente manera:

“Así, el Presidente no es colegislador, por mucho que contribuya, con su iniciativa y acción parlamentaria (cuando quiere hacer uso de ellas) y con su sanción, a lo que se llama la formación de las leyes; esto es, a ejecutar hechos que son garantías necesarias para la regularidad y verdad de los actos que se denominan leyes”. (*Derecho Público Interno de Co'ombia*, edición de 1886 tomo II, pág. 250).

El doctor Tascón, muy autorizado expositor contemporáneo, dice:

"La concurrencia del órgano ejecutivo a la formación de las leyes puede ser: presentando proyectos de ley e interviniendo en los debates, bien para sustentar aquéllos, o impugnarlos, o proponer modificaciones; objetando los proyectos aprobados, total o parcialmente; sancionándolos y promulgándolos. Esto no quiere decir que el órgano ejecutivo tenga el carácter de legislador, como se ha creído vulgarmente" (Derecho Constitucional Colombiano, edición de 1944, pág. 231).

Algunos de los señores magistrados disidentes sostuvieron la tesis de Samper y de Tascón; otro admitió, en principio, la tesis de que el órgano ejecutivo sí es legislador y que la sanción constitucional es un requisito esencial para la formación de la ley.

Para completar el panorama de la diversidad de opiniones cita la Sala dos más, que provienen de eminentes expositores de derecho civil. Una es la de los doctores E. Champeau y Antonio José Uribe, contenida en su valioso tratado de Derecho Civil Colombiano, tomo 1º (el único que llegó a publicarse); la otra es la del doctor José María González Valencia consignada en sus lecciones orales de derecho civil con que ganó tanta y tan merecida fama.

Dicen los doctores Champeau y Uribe:

"En el art. 7º del código civil y en el 81 de la Constitución se habla de la sanción del Gobierno. La sanción propiamente dicha era, en otros tiempos, la confirmación de una ley hecha por el soberano. La sanción, en este sentido, suponía que el jefe del Estado era parte del poder legislativo, y que su consentimiento era necesario para que la ley fuese perfecta. Esto es lo que parece expresar el art. 81 cuando dice: 'ningún acto legislativo será ley sin haber obtenido la sanción del Gobierno'. Pero en realidad, éste no puede rehusar su aprobación, sino sólo pedir que se le dé otro debate, en el cual debe ser adoptado por los dos tercios de los votos. No se puede decir con propiedad que el Presidente tenga el derecho de sanción tal como tradicionalmente se entendía esa palabra, puesto que si el Congreso insiste en aprobar el proyecto, el Gobierno no puede rehusar su promulgación, y el art. 89 de la Carta fundamental da al Presidente del Congreso el derecho de sancionar y promulgar las leyes en caso de que el Gobierno no cumpla con el deber de hacerlo.

"En Francia también el Presidente de la República tiene el derecho de pedir una nueva deli-

beración; sin embargo, no se considera que tenga el de sanción. Se dice que la ley es perfecta por la votación en las Cámaras, si el Presidente no pide otro debate, o por el voto que sigue a esa petición, si la hay.

"Creemos que lo que llama la Constitución **sanción** del poder ejecutivo hubiera sido mejor llamarlo **promulgación**, y lo que llama el código civil promulgación llamarlo **publicación**". (Obra citada, N° 52, pág. 28).

Por su lado el doctor José María González Valencia decía, comentando el artículo 4º del C. C.

"Indudable es, que la mejor definición de ley es la que trae Santo Tomás: "ordenación de la razón encaminada al bien común y promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad"; los filósofos se encargan de demostrar las excelencias de esta definición. Nuestro código civil dice: "Declaración de la voluntad soberana"; esta última expresión tiene aquí un sentido estricto, pues se aplica al poder público que tiene a su cargo la expedición de las leyes, al Congreso, entidad legislativa. Soberanía es el derecho que tiene una Nación para regirse con sus propias leyes, sin sujeción a poder extraño, soberanía que se ejerce por las tres ramas del poder público; uno de ellos es el poder legislativo, o sea el Congreso, a quien se da la facultad de expedir leyes; participa de esta facultad el ejecutivo, que puede presentar proyectos de ley, tomar parte en las deliberaciones y ejercer el derecho de veto, mediante el cual puede objetar cualquier ley que el Congreso le proponga para su sanción; entonces para que esta ley así objetada venga a ser ley, es menester que la reconsideren las Cámaras y sea votada de nuevo, no por la mayoría absoluta, sino por la mayoría de las dos terceras partes de ellas. Y si todavía insiste el ejecutivo en su oposición al Congreso, entra a decidir por facultad constitucional la Corte Suprema de Justicia. De esa manera la expedición de las leyes corresponde al Congreso en asocio del ejecutivo, **que por eso se llama poder colegislador**. Por eso se dice voluntad soberana, porque la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, que delega su ejercicio al Congreso, y, por consiguiente, la ley votada por el Congreso es ley votada por la Nación, por medio de sus representantes.

"En la forma prevenida en la Constitución, continúa el artículo, porque ella establece determinados trámites y condiciones para que las leyes puedan ser tales. Esta primera parte del artículo es,

digámoslo, el género próximo, lo que sigue es la diferencia específica: el **carácter general de la ley**, dice, donde debió decirse el objeto general de la ley”.

Desventuradamente el profesor González Valencia no alcanzó a publicar sus magníficos comentarios al código civil y lo que se ha tenido a la vista, para la transcripción anterior no es otra cosa que un ejemplar inédito de apuntes tomados por uno de los que suscriben esta sentencia, en la época en que era estudiante de derecho.

El pensamiento de don José María González Valencia, no obstante la apariencia defectuosa de su versión estudiantil, alcanza a captarse en lo sustancial y de allí puede deducirse, que, tomando como punto de partida la clásica definición dada por el Aquinate, no sólo se diferencian el género próximo y la diferencia específica de la ley, sino que tiene el acierto de incluir dentro de sus notas esenciales, como género próximo, la forma de la ley misma. Este postulado es de un gran valor científico y jurídico para tener por seguro que la forma de la ley y, por tanto, todo lo que atañe a su expedición y está regulado por la Carta fundamental, no puede tener filisóficamente un significado o una valoración distinta de aquello que suele significarse como elemento de fondo y para lo cual, hasta ahora, la jurisprudencia de la Corte había limitado, tanto la acción de los ciudadanos como la competencia de aquélla. Visto lo anterior pueden ensayarse otros postulados que sirvan para fijar la doctrina en cuanto al papel que la Constitución le asigna a la rama ejecutiva del poder público, en la formación de las leyes, y, consecuentemente, para definir lo que se entiende por sanción.

Parece obvio que cuando el Presidente de la República pone su firma al pie de una ley que ha sido aprobada por el Congreso, firma a que preceden las consabidas palabras de **publíquese y ejecútese**, realmente lo que hace es expresar su voluntad para que aquel proyecto, aprobado por el Congreso, sea una ley de la República. La Constitución, pues, ha querido, valiéndose de aquella fórmula sencilla y tradicional, indicarle al Presidente el medio apropiado de expresar su voluntad para que el proyecto aprobado por el Congreso, se convierta en ley de la República. A estas ideas responden no solamente textos anteriores a la Constitución de 1886, sino de los mismos contenidos en tal Estatuto. Respecto de los primeros ya se ha mencionado el art. 7º del C. C. sancionado el 26 de mayo de 1873, bajo el imperio de la llamada

Constitución de Ríonegro: “La sanción constitucional que el poder ejecutivo de la Unión da a los proyectos acordados por el Congreso, **para elevarlos a la categoría de leyes**, es cosa distinta de la sanción legal de que habla el artículo anterior”.

No pretende la Corte derivar de una definición legal, consignada en un texto anterior a la Constitución vigente, un criterio de hemenéutica, para fijar el alcance de los textos constitucionales.

En cambio, sí se permite hacer mérito de la letra y del espíritu que informa la primera parte del art. 81, en que la enmienda constitucional de 1945 respetó la tradición que había recogido en fórmulas inobjektables la Constitución de 1886. Se trata de la manera como el citado art. 81, en su encabezamiento dice tan enfáticamente: “Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes: ... 3º—Haber obtenido la sanción del Gobierno”.

De aquí es fácil deducir, como cuestión inobjektable, **ex jure condito**, que la sanción del Gobierno es un requisito o elemento esencial para que la ley cobre existencia. Que no pasarán de ser meros postulados de teoría inaceptables aquellos que defienden que la sanción ejecutiva no es elemento esencial de la ley.

Si la voluntad del jefe del Estado es, por tanto, indispensable para que la ley nazca, y esa voluntad puede expresarse mediante una fórmula tan simple como es la de **publíquese y ejecútese**, resulta poco más que forzado ver en esta expresión simple de la voluntad del jefe del Estado la complicada elaboración de un juicio como aquel de que hablan los autores ya citados, Laband y Carré de Malberg, artificioamente imaginado para explicar la intervención del Presidente de Francia en la promulgación de las leyes para cuya formación tiene un papel completamente destituido si se compara con la sanción del derecho colombiano.

Es muy fácil explicar, en los comentarios de Champeau y Uribe la influencia de la doctrina francesa por la participación tan vigorosa del primero de los dichos autores quien trajo a Colombia el luminoso aporte de la ciencia francesa para el progreso de nuestro averiado medio educativo, duramente afectado por las revoluciones civiles que habían desangrado al país por los años en que llegó el profesor Champeau. Pero como cada pueblo tiene una tradición y una idiosincracia inconfundibles, ellas van rectificando errores como el presente y así la Corte no vacila en rechazar las tesis francesas sobre la sanción de la ley,

como aporte efectivo en la aclaración del problema.

Según la doctrina de Carré de Malberg, tantas veces citado, lo que en Francia tiene un cierto valor de juicio y está vinculado a la intervención permitida al Presidente de la República en el proceso de las leyes, no es, desde luego, la sanción, sino la promulgación.

Pero aún así y por lo que mira a nuestro derecho patrio, sería por lo menos artificioso ver en la promulgación una especie de juicio en que el Presidente de la República calificara como soberano juez de única instancia, que el proyecto sometido a su sanción, y que ordena promulgar, se ajusta a las normas que traza la Carta fundamental, para la formación de la ley.

Para ser lógicos habría que admitir otro tanto en las cuestiones de constitucionalidad intrínseca, y entonces esto llevaría al desconocimiento completo de la reforma del año de 1910, haciendo retroceder nuestro sistema constitucional a lo mismo que quedó consagrado en la Carta de 1886, según se vio con la cita del señor Caro.

A fin de evitar que se confunda el papel asignado a la Corte Suprema de Justicia, como guardián de la Constitución, con el que corresponde al Presidente de la República, al estimar en su fuero interno y sin que le sea preciso motivar su decisión, el hecho de acomodarse, o no, el proyecto que se le pasa para la sanción y la promulgación, a las normas de la Carta, sean éstas de la naturaleza que fueren, basta no perder de vista la diferencia filosófica profunda que existe entre el proceso mental del juicio lógico y el proceso mental y jurídico de la elaboración de la ley; pues al Congreso corresponde, dentro de las ideas de la definición de Santo Tomás de Aquino "ordenar la razón para el bien común", y al Presidente de la República "dar y promulgar aquella ordenación", por tener el jefe del Estado directamente a su cargo "el cuidado de la comunidad". En una palabra, la misión del Congreso en la formación de las leyes es un acto de plena razón deliberante; y la sanción del Gobierno no es otra cosa que un acto de voluntad imperante, obrando uno y otro, por delegación inmediata del soberano, que es la Nación.

Síntesis de los considerandos y mérito de la demanda

Síntesis. II.—La nueva doctrina que en este fallo consagra la Corte, revisando y revocando, por

decirlo así, su antigua jurisprudencia de 1912, implica que no habrá de declararse incompetente para decidir acerca de la demanda del doctor Carreño Mallarino sobre inexequibilidad de la Ley 9ª de 1951 que creó el Departamento de Córdoba.

2.—Lo anterior se sostiene, cualquiera que sea la tesis respecto a la categoría que hubiera de asignarse a las normas constitucionales que sirven de fundamento para la acusación, o sea, a las del inciso 2º del art. 5º de la Constitución. Más claro: importa poco que esas normas se consideren como requisitos de forma o como requisitos de fondo; aunque parece mucho más lógico optar por el criterio de ver en ellos requisitos fundamentales, por estar vinculados al régimen de la división territorial y ser el territorio elemento integrante del Estado.

3.—La Corte abandona, por tanto, el criterio diferencial hasta ahora defendido, de que se distinguen en la Constitución preceptos sustantivos y preceptos adjetivos; normas principales y normas accesorias; reglas de forma y reglas de fondo. A todas las tiene la Corte como del mismo valor y de la misma categoría; superiores por todos conceptos a las disposiciones de las leyes comunes.

4.—Una violación cualquiera, de cualquier artículo de la Constitución, queda bajo la jurisdicción de la Corte, siempre que su conocimiento pueda sometersele; ya sea por el Presidente de la República, en el caso de objeciones previstas por el art. 90 de la Constitución, bien sea a través de las acusaciones de los ciudadanos, de acuerdo con el art. 214 de la misma.

5.—Cuando se trate de cuestiones relativas a proceso de la formación de las leyes, o de cumplimiento de ciertos requisitos que la Constitución exige, previos a la sanción ejecutiva, a la misma Corte debe suministrársele, en el acto en que se solicite su conocimiento, no sólo la manifestación expresa, clara y categórica de cuáles son las normas violadas y los hechos en que el reparo se funda, sino también la prueba de tales hechos. Si es el Presidente de la República quien solicita el conocimiento de la Corte, debe remitirle con los antecedentes del proyecto objetado, los documentos o elementos que sirvan a la Corte para despachar el negocio. Si es un ciudadano el que acusa, por vicios consistentes en la pretermisión de requisitos previos a la sanción de la ley, es decir, cuando acusa la ley en estado de proyecto, está no menos obligado que el Presidente de la República a presentarle a la Corte con su escri-

to de demanda las pruebas que acrediten los hechos alegados.

6.—La Corte declara que tiene recibido de la Constitución, como natural consecuencia de los deberes que ésta le impone a título de su guardián, poder bastante y suprallegal para pedir, siempre que lo estime procedente y por motivos razonables, que ella tiene facultad de apreciar soberanamente, cuantos informes, datos, documentos y demás pruebas, que podría allegar al proceso como en el caso de los autos para mejor proveer y con el fin de aclarar dudas, a efecto de pronunciar su decisión con conocimiento de causa, pero con la precisa condición de que se hayan alegado motivos rezanobles y atendibles que expliquen la imposibilidad en que se encontró el demandante para presentar las pruebas. En esto aplica por analogía el art. 86 de la Ley 167 de 1941, en su parte pertinente.

7.—Por último la Corte define en uso de sus atribuciones constitucionales y por interpretación de lo que en casos semejantes se ha practicado por ella, que para ordenar una prueba cualquiera en los casos en que deba traerse, basta un simple auto de "cúmplase", firmado por el Magistrado a cuyo cargo esté la ponencia del fallo.

Mérito de la demanda. En cuanto a la presentada por el doctor Gabriel Carreño Mallarino, para que se declare inconstitucional la Ley 9ª de 1951 que creó el Departamento de Córdoba, la Corte considera, fundándose en cuanto deja expuesto, que el único cargo que hubiera sido viable, de los contenidos en el libelo, podría ser el de la falta de cumplimiento del plebiscito que exige la condición 1ª del inciso 2º del art. 5º de la Constitución. Dicha condición se realiza sin necesidad de que los concejales procedan en cabildo reunido, porque la Carta no lo exige así, y basta que la solicitud la firmen los cabildantes que compongan tres cuartas partes del total allí indicado. Pero como el demandante se abstuvo de acompañar con su demanda la copia de la solicitud respectiva, o el certificado supletorio, de no hallarse aquel documento entre los que forman el proceso de la ley, sin que pueda saberse si faltó en absoluto su elaboración, o que, existiendo, dejó de re-

mitirse al Congreso, o el documento se extravió, etc., a la Corte no le es dable, en tales condiciones, suplir la falta de información y actividad del demandante, quien tampoco explicó ni ensayó explicar su abstención.

Así las cosas lo único razonable, conforme a los principios que rigen en materia probatoria, es aplicar la conocida regla de **actore non probante reus absolvitur**. Es decir, que teniendo a la ley como parte demandada, como reo en este proceso, lo único justo es atenerse a la norma trazada por el art. 234 del código de procedimiento civil, en armonía con el 601 del mismo.

Con todo, sería una fórmula más técnica que la misma contenida en la regla y artículos citados, pero no menos jurídica, la de decidir que, cuando la presunción de constitucionalidad de los actos del Congreso, objetados o acusados, no logra destruirse, se impone la proclamación de su exequibilidad.

Sentencia

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución, y de acuerdo en un todo con el señor Procurador General de la Nación, declara que ES EXEQUIBLE la Ley 9ª de 1951 que creó el Departamento de Córdoba.

Publíquese, cópiese, notifíquese, e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Agustín Gómez Prada, con salvamento de voto.—Gerardo Arias Mejía, con salvamento de voto.—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda, con salvamento de voto.—Luis Enrique Cuervo A.—Luis Gutiérrez Jiménez—Alberto Holguín Lloreda, con salvamento de voto.—Rafael Leiva Charry—Pablo Emilio Manotas, con salvamento de voto.—Luis Rafael Robles, con salvamento de voto.—Rafael Ruiz Manrique—Manuel José Vargas, con salvamento de voto.—Angel Martín Vásquez—Bernardo Galvis Álvarez, Conjuez — Timoleón Mocada, Conjuez — Emilio Prieto H., Oficial mayor en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. GERARDO ARIAS MEJIA

Más que un salvamento de voto, esto es una explicación que debo a algunos colegas. Leído el proyecto de sentencia presentado por el doctor Holguín Lloreda, adherí a él porque lo encontré muy bien razonado y convincente. El proyecto dio ocasión a un largo debate, en el cual se hicieron magníficas exposiciones y se sostuvieron puntos de vista de mucho mérito; y como no he trahinado en cuestiones constitucionales, he de decir con honrada franqueza que mi convicción inicial flaqueó ante los argumentos de quienes no aceptaban el proyecto en su parte expositiva.

Se marcaron en tan larga discusión dos corrientes encontradas: la tradicionalista, que propugna por cierta solidaridad con una doctrina sostenida desde 1912, y la que quiero llamar iconoclasta, que no acepta un solo punto de esa doctrina. Por organización espiritual soy poco amigo de las innovaciones jurídicas porque en veces son el resultado de un capricho, o de un deseo inmoderado de viso, y hasta el resultado de cierta petulancia científica (aseguro que no me refiero al caso actual); y por todo esto también era y es de mis simpatías la tesis tradicionalista.

Pero observando que las opiniones estaban casi pareadas en punto tan trascendental cual es el de cambiar una doctrina jurisprudencial de tan largo recorrido y de tan constante aplicación (al firmar de último la sentencia anoto siete salvamentos de voto), doctrina a la cual han adherido muchos sabios y prudentes juristas que aquí han ocupado puesto; observando que han estado fuera del debate dos Magistrados, reemplazados por dos Conjueces por cierto que de una muy señalada competencia, de manera que resultaba la Corte dividida en dos alas propiamente iguales, sin necesidad, porque la demanda a estudio podía despacharse dentro de ella misma y con vista de la ley 96 de 1936; considerando que se debía esperar otra oportunidad para cambio tan brusco de doctrina, cuando no hubiera que forzar situaciones para llegar a una conclusión, cuando se estuviera frente a una demanda de verdadera acusación constitucional y provista de elementos de juicio, y cuando, sobre todo, se hubiera madurado más el problema y reflexionado lo suficiente en punto de tanta entidad; reflexionando sobre todo esto, repito, dije al terminar las discusiones del proyecto más o menos lo que ahora voy a expresar, después de hacer algún apunte muy respe-

tuoso a la sentencia, que en su parte resolutive fue aceptada por todos los Magistrados, y que tal vez en su parte doctrinaria no recogió todo lo sustancial que fue presentado en las discusiones.

Hablé de la Ley 96 de 1936. Tuvo ella inspiración en la Corte, de manera que es el resultado de unas necesidades y de una situación vividas por la Corporación. Allí están las normas que se deben tener en cuenta en la presentación y discusión de una demanda de inconstitucionalidad. Es un estatuto para los ciudadanos que reclaman contra la inexequibilidad de una ley o decreto de carácter extraordinario, y para la Corte, que debe estudiar el punto. Mas parece que algunos colegas no se dan cuenta de que esa ley existe. Ya desde las discusiones se le tuvo como cosa de menos. Ahora en la sentencia se dice con cierto énfasis que la Corte tiene un "poder supralegal" como guardián de la Constitución hasta para dictar autos para mejor proveer, y se asienta esto que se puede calificar de muy grave confusión de poderes: La Corte define en uso de sus atribuciones constitucionales que para ordenar una prueba cualquiera en los casos en que ello sea necesario, dentro de los procesos por inexequibilidad, basta un simple auto de "cúmplase" firmado por el Magistrado ponente.

¿Cómo puede ser esto, si existe una ley que regula el caso, ley que la Corte, y no la Corte sino un poco más de la mitad de los Magistrados, está modificando para decir que sí hay incidente probatorio, que en éste no se oír al Procurador porque no se dicta un auto con orden de ser notificado sino de ser cumplido, no por la Corporación sino por uno de sus miembros, y que se pueden dictar autos para mejor proveer? ¿Cómo se dice esto, que es modificación de la ley, cuando la Corte no es legislador? Y ¿cómo se habla de un poder supralegal de la Corte, cuando ésta, como todas las autoridades y los empleados tienen que estar sometidos a la ley?

En el presente negocio se había podido decir simplemente: La demanda no puede prosperar. Y no puede, por dos razones:

a) El artículo 2º de la ley 96 citada dice que el memorial en que se pida a la Corte una declaración de inexequibilidad de leyes o decretos, deberá contener: 1º—Transcripción de las disposiciones acusadas como inconstitucionales; 2º—Señalamiento de los textos constitucionales que se con-

sideran infringidos; 3º—Las razones por las cuales estos textos se consideran violados.

Dice la sentencia que el único cargo que hubiera sido viable, de los contenidos en el libelo del doctor Carreño Mallarino, "podría ser el de la falta de cumplimiento del plebiscito que exige la condición primera del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución". Se puede anotar que la condición primera no habla de plebiscito, pues dice: que la creación del nuevo Departamento "haya sido solicitada por las tres cuartas partes de los concejales de la comarca que ha de formar el nuevo Departamento". Este numeral relleva, como materia constitucional, "las tres cuartas partes de los concejales". No es materia constitucional lo de plebiscito, ni puede ser, entonces, objeto de una demanda de inconstitucionalidad. El objeto sería el número de concejales. ¿Estaba incompleto ese número? No lo dice la demanda. No se cumplió así el numeral 3º citado arriba, que exige que se expresen "las razones" por las cuales se consideran violados unos textos constitucionales.

Pero en todo caso, la razón principal para que la demanda no prospere está en lo siguiente:

b) Dice el artículo 3º de la ley 96 varias veces citada: "En la tramitación de los asuntos a que se refiere el artículo 30 del Código Judicial (demandas de inexequibilidad) no habrá más incidente que los de impedimentos y recusaciones".

De acuerdo con nuestras leyes, es incidente cualquier cuestión accidental que la ley permite discutir dentro del proceso, y que requiere una resolución (art. 391 C. J.).

Dice la Constitución, en su artículo 214, que "en las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador".

La ley 96 cierra el camino a toda incidencia procesal, lo que quieré decir que los asuntos sobre inexequibilidad hay que fallarlos de plano, es decir, por lo que aparezca del expediente presentado a la Corte. Ante lo que aquella ley prescribe, es inaceptable la tesis de la sentencia en que se expresa que en cualquier momento se pueden solicitar pruebas, y se expresa también que se pueden dictar autos para mejor proveer.

Se podría aceptar por un momento que si habría lugar a la práctica de pruebas, sustancial incidente que la ley no autoriza; mas entonces ello habría que disponerlo en auto con orden de notificación, la cual sería personal al Procurador para que éste pueda intervenir en el incidente, como lo ordena la Constitución; intervención que no se alcanzaría dentro de un auto con la sola orden de

"cúmplase", como se autoriza en la sentencia. Ni se ve a virtud de qué autorización podría el ponente dictar ese auto, cuando se tiene en manos un negocio en que corresponde decidir a toda la Corte. La función del ponente es presentar el proyecto de sentencia.

Los hechos que en su escrito enuncia el doctor Carreño Mallarino requieren pruebas. Las presentó el peticionario? No. ¿Por qué? ¿No estaban a su alcance? No lo dice. Tomó para sí un camino corto, sencillo, sin dificultades y sin gastos, y le pidió a la Corte, como si se tratara de una cuestión penal en que todo el impulso procesal corresponde de oficio a los funcionarios, que "haga traer del archivo del Congreso todos los antecedentes de la ley", y también certificación "sobre la circunstancia de haber estado o no haber estado bajo el régimen marcial y sin funcionamiento de Cabildos la comarca de Córdoba cuando se hicieron las solicitudes".

Bien se puede preguntar cómo cumpliría la Corte estas un tanto desacadatadas peticiones. ¿Podría pedir a las Cámaras que le enviaran esos archivos? No. ¿Podría pedirlos en copia? ¿Y quién paga ese trabajo que puede resultar largo y dispendioso? En todo caso, por cualquier camino que se adoptara sería preciso dictar una providencia judicial en que habría de principiar por pormenorizar las pruebas que desea el peticionario, ya que éste no lo hizo, providencia que abriría campo a solicitudes probatorias de la Procuraduría, y podría abrirlo a una intervención adhesiva de los amigos del nuevo Departamento, dando todo esto un motivo, no a cualquier incidente, que la ley repudia y niega, sino a un debate judicial de serias proporciones, y que daría ocasión a la Corte, no a estudiar la confrontación del acto acusado con la Constitución, que es su tarea esencial, sino principalmente a la valorización de cuadros probatorios del peticionario, del Procurador y de los posibles coadyuvantes, todo absolutamente ajeno a la alta misión de la Corte de velar por la integridad constitucional.

Todo esto resulta estrafalario, precisamente porque no es legal.

El doctor Carreño Mallarino no estuvo acertado en su solicitud de inexequibilidad de la ley sobre el Departamento de Córdoba, y por eso había que llegar a una conclusión acorde con esa ineficacia del pedimento.

Bogotá, julio veintiseis de mil novecientos cincuenta y dos.

Gerardo Arias Mejía.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGI STRADOS HOLGUIN LLORED, CASTILLO PINEDA, GOMEZ PR ADA, ROBLES Y VARGAS

Los suscritos magistrados aprobamos la parte resolutive de la sentencia anterior, que declara exequible la ley 9ª de 1951, pero disintimos de la motivación de la misma, por estimar que la Corte sólo tiene competencia para decidir acerca de violaciones formales de la Constitución, es decir, las que se originan en pretermisión de requisitos necesarios para la formación de las leyes, cuando conoce de las objeciones que, por ese motivo, formule el Presidente de la República a los proyectos de ley, y que hayan rechazado las Cámaras Legislativas.

Cuando la ley es acusada en acción pública es indispensable en nuestro concepto, para que la Corte tenga competencia, que la acusación verse sobre violaciones intrínsecas o de fondo de la Constitución.

Exponemos en seguida las razones que, en nuestro sentir, concurren a demostrar y sostener nuestra tesis y justifican plenamente este salvamento de voto, no sin advertir que el suscrito Castillo Pineda las acogió con la salvedad de que, según él, la Corte en ningún caso es competente para conocer de violaciones formales de la Constitución, pues que sigue insistiendo, a ese respecto, en los argumentos expuestos en la sentencia de 22 de septiembre de 1949 (G. J. Tomo LXVI, números 2073-74, página 6).

El artículo 214 de la Constitución Nacional, dice textualmente:

"A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

"En las acciones de inexequibilidad deberá in-

tervenir siempre el Procurador General de la Nación".

Proyectos de ley y leyes. Dos modos de ejercer la guarda de la integridad de la Constitución. De dos modos ejerce, pues, la Corte la función de guardar la integridad de la Constitución, que le ha sido confiada por el constituyente:

1º—Decidiendo definitivamente sobre la inexequibilidad de los **proyectos de ley** que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales; y

2º—Decidiendo definitivamente sobre la exequibilidad de todas las **leyes** y de ciertos decretos cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionales por cualquier ciudadano.

En el primer caso, la Corte dirime la divergencia de opiniones que, en punto a constitucionalidad del proyecto, se suscite entre el Congreso y el Gobierno, pues aquél no pasa a su conocimiento sino cuando, consideradas las objeciones por las Cámaras, fuere adoptado de nuevo por ellas, en la forma prevista en el Estatuto Fundamental (artículos 87, 88 y 90).

Parece natural que tratándose en este primer caso de un acto legislativo que aún no es ley, por faltarle el requisito de la sanción (artículo 81), la objeción de inconstitucionalidad tanto puede referirse a pretermisión de formalidades exigidas por la Carta para la expedición de la ley, como a violaciones de fondo de la misma, originadas en el texto del proyecto. La facultad del Gobierno de objetarlo por inconstitucionalidad comprende, como es lógico, toda clase de infracciones del Estatuto Fundamental. No deben hacerse distinciones a este respecto, puesto que no las hacen los textos constitucionales que consagran esa facultad.

Por consiguiente, si la objeción del Ejecutivo versa sobre inconstitucionalidad por omisión de requisitos para la formación de la ley, la Corte debe forzosamente pronunciarse acerca de la exequibilidad del proyecto por ese aspecto, del mismo modo que lo hace cuando la tacha se refiere a violaciones del Estatuto Fundamental que emanan del ordenamiento mismo del acto legislativo,

es decir, de infracciones materiales. En ambos casos, a virtud del sabio mecanismo establecido en la Constitución, la Corte se anticipa, por decirlo así, a defender el supremo Estatuto de la amenaza en ciernes, provocada a ello por las objeciones gubernamentales y por la insistencia del Congreso en su punto de vista. Y se anticipa, porque el acto del Legislador no es todavía una ley. De suerte que entonces la declaración de inexequibilidad del **proyecto** no implica, en derecho estricto, que haya ocurrido una infracción de la Constitución por la ley.

En el segundo caso, cuando la acusación de inconstitucionalidad procede de acción pública, la Corte afronta el examen, no de un proyecto, sino de una **ley**, de un acto legislativo completo en su forma, sancionado y promulgado.

La diferencia surge palmaria del texto claro del artículo 214, y de esa diferencia surgen también, en nuestro concepto, las dos formas de ejercer la guarda de la integridad de la Constitución, pues si en el primer caso, cuando estudia el acto en vía de ser ley, debe pronunciarse definitivamente acerca de todas las objeciones del Gobierno, que versen sobre inconstitucionalidad formal o sustantiva del proyecto, en el segundo, cuando se halla en presencia de una ley sancionada, ha de limitarse a examinar si el texto de ella es contrario a los preceptos del Estatuto básico.

¿Qué justifica esa diferencia? ¿Porqué en aquel caso puede y debe la Corte examinar si se ha violado el Estatuto fundamental en cuanto exige determinados requisitos, rituales o sustantivos, para la formación de la ley, y no puede hacerlo cuando ya se trata de una ley sancionada?

La explicación está precisamente en la naturaleza del acto sometido al estudio de la Corte, que en un caso es una declaración de la voluntad soberana cuya forma constitucional está incompleta, y en el otro es esa misma declaración ya perfecta en su forma. De donde rectamente se infiere que la diferencia anotada estriba, en último análisis, en el fenómeno de la sanción ejecutiva.

La sanción del Gobierno. Porque hay algo en que es preciso detener la atención con esmero, y es en el significado que en la Carta reviste la sanción del Gobierno a un proyecto de ley, que no es o no consiste en la mera formalidad sin contenido de la firma del Presidente de la República y del Ministro o de los Ministros del ramo respectivo,

previas las palabras “publíquese y ejecútese”, pero que tampoco lo convierte en colegislador.

En el particular que se estudia, sancionar es darle fuerza de ley a un proyecto elaborado por el Congreso, ya que según el artículo 81 de la Constitución “ningún proyecto será ley” sin haber sido aprobado en la comisión correspondiente de cada Cámara, sin haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate, y sin “haber obtenido la sanción del Gobierno”.

Mas para averiguar el contenido que la sanción encierra, es preciso no olvidar otros preceptos de la Carta de los cuales se deduce con toda certidumbre: el primero es el 76, que dice a quién le corresponde hacer las leyes, expresando en forma clara, precisa y terminante que “**corresponde al Congreso hacer las leyes**”; el segundo es el 118, que en su ordinal séptimo expresa que al Presidente de la República le corresponde, “en relación con el Congreso”, “concurrir a la formación de las leyes, presentando proyectos por medio de los Ministros, ejerciendo el derecho de objetarlos, y cumpliendo el deber de sancionarlos con arreglo a esta Constitución”; y el tercero es el 120, en su ordinal 2º, que estatuye que corresponde al Presidente como suprema autoridad administrativa, “promulgar las leyes **sancionadas**, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento”.

La sanción es, pues, la refrendación de la ley, mientras que la promulgación es la publicación que de la misma se hace. Sin embargo, suelen confundirse las dos expresiones y, de acuerdo con las normas de otros países, como Francia, lo que allí se designa como promulgación, equivale a nuestra sanción.

De todos modos, la sanción puede definirse según los preceptos de la Carta citados, como el acto por el cual el Gobierno certifica la existencia de una ley, previo el examen de haberse llenado en el proceso de su formación todos los requisitos que la Constitución Nacional exige al efecto, y ordena publicarla para que se cumpla.

Y así se define, porque si el proyecto no es ley sin la sanción del Gobierno, si la Constitución le da al Gobierno la atribución de objetar los proyectos de ley cuando sean inconstitucionales, pero una vez sancionados le señala el deber de promulgarlos y velar por su exacto cumplimiento, es porque la sanción contiene un certificado de que la ley existe, y no de cualquier manera, sino porque ha sido expedida de acuerdo con los mandatos del Estatuto Fundamental.

Ahora, esta definición no contiene doctrina ela-

borada para el caso, sino la que los comentadores propios y extraños enseñan sobre el particular.

Así, el doctor José María Samper, cuya autoridad es excepcional, como miembro que fue de la Asamblea Constituyente de 1886, expresa:

“Una ley sin sanción regular y solemne, no tiene el sello de la legitimidad y la certeza, ni de la fuerza eficaz que ha de hacerla efectiva. Si el Gobierno es quien ejerce el Poder Ejecutivo, y este Poder el encargado de ejecutar las leyes, **él debe ser ante la Nación el garante de la verdad de cada ley**, y para ello, darle su sanción **con pleno conocimiento de causa**. De este modo, el Gobierno, sin ser **colegislador**, es un colaborador en la expedición de las leyes, así como en su proclamación delante del país” (Derecho público interno de Colombia, Tomo I, página 170 y los tres primeros subrayados son nuestros).

Duguit define la promulgación, o sea, nuestra sanción, como “el acto por el cual el presidente de la República afirma, por la fórmula consagrada, que la ley ha sido reglamentariamente votada por las Cámaras, y ordena que sea aplicada por las autoridades administrativas y judiciales, imponiéndose a todos su observancia” (Manual de derecho constitucional, página 472, 2ª ed. española).

Y con la misma advertencia de que en Francia se llama promulgación lo que entre nosotros es la sanción, parecen muy pertinentes los siguientes conceptos de R. Carré de Malberg en su Teoría General del Estado:

Dice el citado profesor que si bien en Francia no puede el Presidente de la República examinar la validez constitucional de un proyecto de ley en cuanto a su “**contenido**”, es necesario que, por lo menos “se cerciore de su **existencia**. Esto supone que el Presidente, antes de promulgar, deberá proceder a una comprobación de la **formación constitucional de la ley**”. Más adelante reafirma su pensamiento diciendo: “así, pues, hay que dar por cierto que la promulgación supone, por parte del promulgante, **un examen de las condiciones en las cuales ha sido confeccionada la ley**. Si el promulgante no tiene que pronunciarse sobre la cuestión de inconstitucionalidad material de las disposiciones dictadas por el órgano legislativo, que es una cuestión de **validez interna de la ley**, tiene por lo menos que comprobar la **regularidad formal del acto legislativo que le presentan para su promulgación**, puesto que es una **cuestión esencial de la existencia misma de la ley**” (página 415).

El propio autor asevera, con notable énfasis, que aún en países como Francia, en que el Presidente sólo puede averiguar si se ha expedido regularmente la ley, “el testimonio contenido en la promulgación de la ley, no deja de tener un alcance útil y un importante efecto: **afirma el nacimiento constitucional de la Ley. Este es un punto —concluye— que después de la promulgación, ya no podrá discutirse**” (p. 420).

No se citan otros apartes del aludido profesor con el ánimo de no alargar este salvamento. Pero parece indicado reproducir otro concepto de Duguit, quien expresa que los tribunales no pueden “dejar de aplicar un texto promulgado por el Presidente de la República, so pretexto de no haber sido deliberado y votado, con toda regularidad, por las Cámaras. Los tribunales no son competentes para examinar la regularidad del procedimiento parlamentario y, desde el momento en que el texto ha sido promulgado con toda regularidad como ley, a ellos no les corresponde otra cosa que aplicarlo.

“Creemos también —prosigue— que los tribunales no tienen por qué examinar si el texto promulgado por el Presidente de la República es el mismo texto votado por las Cámaras. En la fórmula de promulgación, el jefe del Estado declara que el texto que él promulga es el texto adoptado por el Senado y la Cámara de Diputados; esta declaración es suficiente, y se impone a los tribunales” (Obra citada, página 286).

Se comprende que, de ese modo, la sanción significa que el proyecto de ley está o ha quedado purgado, a los ojos de la rama ejecutiva, de cualquier vicio formal en su expedición, con mayor razón cuando aquella se imparte después de haber aceptado el Congreso las objeciones del Gobierno. Si las Cámaras insisten, es en realidad la Corte quien debe definir la cuestión, y su fallo, cuando declara la exequibilidad, implica la orden de sancionar el proyecto.

Si la sanción ejecutiva no tiene la virtud que queda expresada, si no significa una patente de sanidad constitucional, en cuanto a la existencia de la ley se refiere, entonces habrá que admitir que no es otra cosa que un acto mecánico intrascendente, sin sentido, ni alcance jurídico. Un sello que el secretario imprime en el proyecto de ley para que al pie firme el señor Presidente:

De manera, pues, que en cuanto de requisitos para la formación de la ley se trate, si ella es sancionada pura y simplemente o después de corregida por el Congreso, por haber aceptado las

objecciones, son dos ramas del poder público las que han intervenido al respecto, surgiendo así, por este aspecto, la presunción indiscutible de idoneidad formal de aquélla, de que ha nacido enteramente de acuerdo con la Constitución. Y de este modo la acción pública que reconoce el artículo 214 queda forzosamente limitada a la acusación por violaciones materiales de la Carta, que resulten del ordenamiento del texto mismo de la ley.

Y convence la exactitud de esta conclusión la observación de que el Gobierno, para objetar un proyecto, dispone de plazos perentorios (art. 86), y la Corte de un corto término para decidir acerca de las objeciones (Artículo 90), de suerte que la cuestión de inexecutable por pretermisión de requisitos para el nacimiento de la ley queda, en el sistema de la Constitución, resuelta definitivamente dentro de un breve lapso y con efecto obligatorio *erga omnes*, sin que a nadie le sea dado suscitar nuevo debate al respecto.

Limitada la acción pública, como debe estarlo, a la acusación por inconstitucionalidad material de las leyes, la función de la Corte se ejercerá en un ambiente de puro derecho, y sólo en el caso de excepción ya contemplado podrá extenderse al terreno de los hechos.

A quienes hacen resaltar las palabras integridad de la Constitución, todas las leyes, cualquier ciudadano, que emplea el artículo 214, hallando en ellas argumento en contra de nuestra tesis, es fácil contestarles que la expresión “*en consecuencia*”, que trae el mismo texto, está indicando que la guarda integral de la Carta está asegurada por los dos medios que para ello da el constituyente en la citada norma: decidir sobre la exequibilidad de los proyectos objetados por el Gobierno como inconstitucionales, cualquiera que sea la clase de violación; y decidir sobre la exequibilidad de todas las leyes acusadas por cualquier ciudadano, caso éste en que la palabra leyes está limitando la acción pública a infracciones materiales, puesto que la sanción —se repite— implica la eliminación de toda violación de preceptos relativos a la formación de la ley.

Dicho de otro modo, cuando la propia Carta dice que en las acciones de inexecutableidad se proceda, para guardar su integridad, “*en consecuencia*”, denota que se ha de actuar conforme a lo que en el propio precepto establece.

Inexistencia e inconstitucionalidad de la ley. Con indiscutible acierto había sostenido la Corte que

la facultad que le confiere el artículo 41, hoy 214, del Estatuto Fundamental, no la autoriza para “abrir proceso a una ley a efecto de resolver si en los actos preparatorios de ella se infringieron o no las reglas constitucionales” porque “ello, además de la amenaza que envolvería para la estabilidad de las leyes, equivaldría a llevar la investigación a una época anterior a la existencia de la ley acusada; a deducir su inconstitucionalidad no de los propios términos de la ley misma, sino de las pruebas que al efecto se presentasen; y a declarar no la inconstitucionalidad de la ley como tal, sino la inconstitucionalidad del procedimiento empleado para dictarla”.

En este fundamento cardinal de la doctrina tradicional no repararon suficientemente los colegas mayoritarios, ya que de haberlo hecho habrían caído en la cuenta de que él constituye una barrera infranqueable para sus inquietudes totalmente revisionistas, pues el control constitucional ejercido sobre el trámite o proceso en la formación de la ley conduce indudablemente a declarar, no la inconstitucionalidad de ésta, que es la facultad que confiere el artículo 214 referido, sino su inexistencia, que es una cuestión jurídica evidentemente distinta de aquélla.

Nos servimos del siguiente ejemplo para destacar la estricta juridicidad de esta tesis a la luz de nuestro derecho positivo: una ley crea un cargo público y le señala la correspondiente asignación, pero sucede que en segundo debate se aprobó sin la concurrencia de la mayoría absoluta de votos y fue, por inadvertencia o por cualquier otra causa, debidamente sancionada y promulgada. Acusada luego en acción pública ante la Corte, podría afirmarse o sostenerse que la declaración de voluntad del Congreso en ella contenida, o sea el precepto en sí mismo considerado es inconstitucional? No, porque conforme al numeral 9º del artículo 76 de la Constitución es precisamente una de las atribuciones del Congreso la de “crear todos los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones”. Entonces, si la Corte pudiera conocer de los vicios formales en la expedición de la ley, su declaración tendría que ser la de que la ley acusada no tiene vida jurídica como tal, es decir, que es inexistente, porque el artículo 81 de la Carta, que es el que gobierna el caso, expresamente dispone que “ningún proyecto será ley” sin reunir la integridad de los requisitos que él establece, entre los cuales el ordinal 2º contempla el que origina la acusación.

Que la inexistencia doctrinariamente se predica con respecto a la ley en cuya formación se han pretermitido los requisitos constitucionales requeridos al efecto, es un postulado tan obvio que no necesita en nuestro concepto demostración alguna, como que está admitido por la doctrina universal.

Y que la inconstitucionalidad y la inexistencia de la ley son dos cuestiones esencialmente diferentes entre sí, es otra verdad que no puede ignorarse o desconocerse, ya que en ella están conformes todos los tratadistas que se han ocupado en la materia. Para confirmarlo así, bástanos citar dos de los más eminentes.

Barthelemy y Duez expresan:

"La ley inconstitucional no es una ley **inexistente**, sino solamente una ley **nula**".... "El problema de la verificación jurisdiccional de la **existencia** de la ley y el de la verificación jurisdiccional de su **constitucionalidad**, no están ligados entre sí sino **aparentemente**" (Droit Constitucional, págs. 221 y 222).

Laferriere acoge la misma opinión:

"Las constituciones exigen, para la confección de la ley condiciones de forma sin las cuales la ley no nace"... "En realidad, no se trata en estos casos de la **constitucionalidad** de la ley, es decir, de su validez, sino de su existencia misma".

En consecuencia, si aparece innegable la anotada distinción; si domina en la Carta Fundamental el principio de la separación de los poderes (artículo 2º, 55 y concordantes de la C. N.); si corresponde al Congreso lo que se refiere a la formación de las leyes (art. 76 C. N.); y si no pueden en Colombia los jueces ejercer sino las atribuciones que expresamente les están conferidas, (art. 20 C. N. y 146 del C. J.), nos resulta palmario que la facultad que el artículo 214 de la Constitución le otorga a la Corte para decidir de la inconstitucionalidad de las leyes cuando son acusadas por cualquier ciudadano no puede ser interpretada y utilizada, sin incurrir en olvido y quebranto manifiestos de aquellos principios, para declarar erga omnes y definitivamente la inexistencia de las mismas por posibles vicios en su formación.

El artículo 215 de la Carta explica el 214. En nuestro concepto, también contribuye a esclarecer el sentido del artículo 214 de la Carta, en cuanto a la acusación de las leyes por los particulares, lo que dispone seguidamente el artículo 215, cuando establece que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de pre-

ferencia las disposiciones constitucionales". Pues siendo el final de una y otra norma mantener la supremacía de la Constitución frente a las leyes expedidas y en vigencia, parece lógico entender que en ambos casos debió emplearse el término **leyes** con igual alcance.

¿Pero es dudoso, por ventura, el sentido del artículo 215 de la Carta? Allí se habla de **incompatibilidad** entre la Constitución y la ley; vale decir, de textos que resulten inconciliables. Y además, como el juzgador debe proceder en cada caso concreto oficiosamente, sin que haya lugar a excepciones de inconstitucionalidad ni a término probatorio especial, también por este aspecto se comprende, sin mayor dificultad, cómo sólo se trata del contenido de la ley frente al de la Constitución. De aquí que los jueces no puedan dejar de aplicar una ley por vicios constitucionales en cuanto a su formación, sino únicamente cuando su **contenido** pugna con el de la Carta.

Lo cual hace pensar que siendo éste el alcance indiscutible del término **leyes** en el artículo 215, no puede ser otro el que haya de tener el mismo término en el artículo 214; porque —se repite— ambas disposiciones tienden a una misma e idéntica finalidad, cual es la de mantener incólume la supremacía de la Constitución.

Así se explica que la ley 96 de 1936 no haya previsto ninguna oportunidad probatoria, dentro del procedimiento que ha establecido para la acusación de las leyes ante la Corte.

Inconsecuencias del fallo. De conformidad con nuestra tesis, hemos votado la parte resolutive del fallo anterior, porque aunque consideramos que la Corte carece de competencia para conocer de la inexequibilidad de las **leyes** por vicios de forma, no encontramos que el texto de la ley 9ª de 1951 esté en oposición con otros preceptos de la Carta distintos de los invocados en la demanda, cuyo examen debía hacerse de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 2º de la ley 96 de 1936, que dice:

"Pero si la Corte al fallar el negocio encontrar que han sido violados otros textos o principios 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".

En cambio, nos parece que dentro de la posición de la mayoría de la Corte la declaración de **exequibilidad** de a ley 9ª de 1951 resulta jurídica e inconsecuente, según pasa a verse:

1º—La Corte, aceptando que tiene competencia

para conocer de la inconstitucionalidad formal de las leyes, expresa que el demandante ha debido presentar la prueba de sus afirmaciones con la demanda, aplicando por analogía el artículo 86 de la ley 167 de 1941; pero prescinde de tomar en cuenta que esa disposición sólo obliga a presentar con la demanda copia del acto **administrativo acusado**, lo que no puede extenderse a la **acusación de las leyes** (que deben conocerlas los jueces), así como también olvida que dentro del procedimiento de lo contencioso-administrativo existe término probatorio, que puede ser aprovechado por todas las personas "que quieran coadyuvar o impugnar la acción", como se desprende de los artículos 126 y 129 de la misma ley 167 de 1941;

2º—Aún dentro de la aplicación analógica a que llega la Corte, la Consecuencia no podía ser un fallo de **Exequibilidad** de la ley 9ª de 1951, puesto que de acuerdo con el Código de lo Contencioso-Administrativo, el hecho de no presentar con el libelo copia del **acto acusado** o las constancias sobre no expedición de tal copia, etc., sólo se traduce en que **se rechaza o no se da curso a la demanda** (artículo 87), pero no en una decisión con fuerza de cosa juzgada sobre la cuestión planteada y debatida;

3º—No es exacto que en estos casos debe prevalecer la **verdad formal**, ya que debiendo los fallos sobre inconstitucionalidad producir efectos **erga omnes**, deben fundarse precisamente en la

verdad real, lo que no se consigue si las solas pruebas que pueden apreciarse son las que se presentan con la demanda, sin que siquiera el señor Procurador General de la Nación tenga el derecho de contraprobar. Si la Corte hubiera parado mientes en el artículo 126 de la ley 167 de 1941, habría advertido que cuando se trata de jurisdicción objetiva lo que se busca es la **verdad real**, pues allí se les da la facultad de solicitar pruebas aún a las personas que "quieran coadyuvar o impugnar la acción".

4º—Se nos hace peligrosa la doctrina sobre pruebas que el fallo expone, pues nada más fácil para un sujeto a quien interese la vigencia de una ley por declaración de la Corte, que presentar con su demanda de inconstitucionalidad pruebas inductivas o dejar de presentarlas, para que se declare exequible, en contra de la realidad de las cosas; y

5º—Finalmente, hay muchos otros conceptos de la mayoría de la Corte que tampoco compartimos, como aquel de que debe **tenerse a la ley como parte demandada**, para darle aplicación a la regla de *actore non probante reus absolvitur*.

Bogotá, julio de 1952.

Alberto Holguín Lloreda—Pedro Castillo Pineda—
Agustín Gómez Prada — Luis afael Robles—Ma-
nuel José Vargas.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. PABLO EMILIO MANOTAS

Estoy de acuerdo con la tesis central de la sentencia, que decide la demanda de inexecutable de la Ley 9ª de 1951, presentada por el doctor Gabriel Carreño Mallarino, en cuanto que con ella se rectifica la jurisprudencia vigente desde el año de 1912, y se acoge la de que la Corte Suprema de Justicia ejerce la guarda de la Carta en función de la violación de cualquiera de sus preceptos, sin considerar la categoría que se les asigne, como principios fundamentales o como normas organizadoras o de ejecución.

Disiento de las conclusiones a que en el fallo se llega, en cuanto en ellas se crea un procedimiento, no previsto en la Constitución ni en la Ley 96 de 1936, para el efecto de la aplicación de la nueva jurisprudencia.

La mayoría de la Corte conceptúa que, la revisión o revocatoria de la jurisprudencia tradicional, implica que la Corporación no habrá de declararse incompetente para conocer de la demanda sometida a su estudio, con base en que queda eliminado el criterio diferencial de que, existan en la Constitución preceptos sustantivos y preceptos adjetivos; reglas de forma y reglas de fondo. Pero, al referirse a la norma que sirve de fundamento a la acusación —artículo 5º de la Constitución— opta por el criterio de ver en sus ordinales, situaciones o requisitos fundamentales para la existencia misma de la ley, que ordena la formación de un nuevo Departamento, por estar o hallarse vinculados con el régimen territorial y ser el territorio un elemento integrante del Estado. Esto es, que a pesar de la eliminación del criterio diferencial de las normas, éste sigue subsistiendo para aquellas que, como el artículo 5º, se refieran a uno de los elementos integrantes del Estado.

Acato este último concepto, porque, en realidad, si es cierto que en toda Constitución cabe distinguir unas normas de estructura y otras normas accesorias o de ejecución, no lo es menos, que para los efectos de la guarda de la integridad de la Carta, éstas no son de calidad o rango inferior a aquéllas, pues sólo son separables teóricamente o por abstracción, pero en la práctica, están unidas entre sí, indisolublemente, en relación recíproca, y pierden todo su "sentido cons-

titucional" al desvincularse las unas de las otras.

No comparto la posición tomada por la mayoría de la Corte, cuando más luego, al aplicar aquellas conclusiones para decidir la demanda en estudio, se inhibe de hacerlo, al echarle la carga de la prueba al demandante, exigiéndole la presentación de las que evidencien la concurrencia o no de las circunstancias o requisitos prescritos por la norma constitucional en la expedición de la ley demandada, dándole cabida a la conocida regla de derecho probatorio: "**actore non probante reus absolvitur**", como si se estuviera en presencia de una controversia común y corriente; discutiéndose diferencias de intereses entre particulares; definiéndose situaciones de Derecho Privado; juzgándose según lo alegado y probado en juicio.

La Corte en las demandas de inexecutable de las leyes, obra no en ejercicio de la función judicial ordinaria, de Juez encargado de aplicar la ley, sino en ejercicio de la jurisdicción constitucional especial, "sui generis", otorgada por mandato expreso del propio Constituyente y actúa en representación de éste en la guarda de la Constitución, con "poder bastante y supra-legal" —como se afirma en la sentencia— para averiguar oficiosamente, si la ley acusada fue expedida o no, con la concurrencia de las circunstancias o requisitos que su representante exige, previos, a la declaración legislativa sobre formación de nuevos Departamentos y la consiguiente desmembración de los existentes, sin que en esta labor haya interferencia de la función legislativa, creadora de la ley, sino que ella se limita a que ésta, en su formación se ajuste a la Constitución, cuyo imperio rige aún para el mismo legislador.

No es consecuente la mayoría de la Corte con sus propias conclusiones, condicionando o supeditando su pronunciamiento en la actuación sobre demandas de inexecutable de las leyes, a la simple voluntad del acusador, ateniéndose a que éste acompañe o no, con el escrito de acusación, las pruebas de los hechos alegados; y la amplia facultad que tiene recibida del Constituyente para averiguar, por lo menos, la verosimilitud de los motivos invocados como medios de violación de la Carta, a la precisa condición de que el mismo

demandante explique la imposibilidad en que se encontró para presentar o acompañar aquellas probanzas. Ni la Constitución ni la Ley 96 de 1936, sugieren siquiera tal procedimiento; antes bien, consagran una completa como perfecta autorización a la Corte para que actúe con entera autonomía, sin tener en cuenta la técnica o los métodos indicados para la decisión de los asuntos de que conoce mediante el ejercicio de la función judicial ordinaria; y, no puede ser de otra manera, como que en estos casos, obra en representación del propio Constituyente, como "persona de su confianza" como guardián de la integridad de la Carta.

Así las cosas, estimo que el pronunciamiento en uno u otro sentido, declarando la exequibilidad o la inexecutable de la ley acusada, era prematuro, mientras la Corte en uso de la potestad que le tiene conferida el Constituyente, no ave-

riguara, por los medios propios, a su disposición, la concurrencia o no, de las situaciones de que trata el citado artículo 5º de la Carta en la expedición de la Ley que crea el nuevo Departamento.

Votada o aprobada la exequibilidad de la Ley acusada, sobra, por innocua, toda crítica al fallo en uno u otro sentido.

Estas modestas, como sencillas consideraciones, sustentan este salvamento de voto parcial, hecho muy a mi pesar, dada la indiscutible autoridad de los juristas y colegas que suscriben la decisión principal.

Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos cincuenta y dos.

Pablo Emilio Manotas

SALA DE CASACION CIVIL

CUANDO LOS PROPIETARIOS DE LOS PREDIOS DOMINANTE Y SIRVIENTE ESTAN ACORDES SOBRE LA EXISTENCIA DE LA SERVIDUMBRE, PERO DISCREPAN EN CUANTO A SU EXTENSION, FORMA O MODALIDAD DE EJERCER ESE DERECHO, ESTE ESTA PROTEGIDO POR LA ACCION ESPECIAL QUE SE DA A LOS DUEÑOS DE UNO U OTRO PREDIO, CUYO EJERCICIO TIENE SEÑALADO UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL, Y NO PUEDE HACERSE POR LA VIA ORDINARIA — EL HECHO DE QUE POR LOS JUZGADORES SE HAYA ACOGIDO ESTE PROCEDIMIENTO PARA EL CASO DE UNA ACCION QUE DEBE EJERCERSE POR VIA ESPECIAL, NO CONVIERTE ESA ACCION EN ORDINARIA, Y CONTRA LA SENTENCIA ES IMPROCEDENTE LA CASACION

1—Los derechos que se originan en las disposiciones del Título 11 —Libro 2º— del Código Civil son susceptibles de conflictos entre sus titulares: los dueños de los predios sujetos a las relaciones jurídicas que se desprenden de la constitución del gravamen real de servidumbre, ya activa o pasivamente, que la ley protege otorgándole acciones especiales al titular afectado con el rompimiento o el cambio de la situación existente. Acontece con mucha frecuencia que uno de los propietarios pretende que su predio tiene activamente la imposición de determinadas servidumbres sobre otro, cuyo dueño se opone a ellas y le impide o estorba en esa imposición; entonces, la ley, para imponer o para que se reconozca la legitimidad de la servidumbre y se permita su ejercicio, confiere la acción “confesoria” en beneficio del predio dominante. Cuando el dueño del predio sirviente, que ha estado sufriendo el gravamen quiere liberarlo de él, existe la acción “negatoria”, para extinguir la servidumbre. Y cuando los propietarios están conformes, en principio, sobre la existencia y legitimidad del derecho de servidumbre de que se trata, pero discrepan en cuanto su extensión, forma o modalidad de ejercerlo, o se considerará necesario y conveniente variarlo, este derecho está protegido por la acción especial que se da a los dueños de uno u otro predio, dominante o sirviente, para que judicialmente

se fije con precisión aquel modo o forma de ejercer legalmente el derecho real de servidumbre, o para que se varíe o cambie, teniendo en cuenta no sólo los factores materiales, sino los económicos que determinaron su constitución.

El ejercicio de cada una de estas acciones tiene señalado expresamente en el Código Judicial vigente —Ley 105 de 1931— un procedimiento especial, inclusive la consensual para la fijación de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículos 872 y ss.). En el Código anterior derogado debía acudir a la vía ordinaria.

El procedimiento en los juicios ordinarios, según el art. 734 del Código Judicial, “es el que se sigue para ventilar y decidir cualquiera controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario”.

2—El hecho de que los sentenciadores de instancia acogiesen en la tramitación del juicio las normas procesales peculiares del juicio ordinario, la acción especial no convirtiéndose en ordinaria, en fuerza de que “lo que caracteriza la acción adjetivamente considerada no es el procedimiento que arbitrariamente se le asigne, sino lo que ella es en realidad, o sea la naturaleza del derecho ejercitado y las formas que el Código de la materia adopte para discutir dicho derecho”.

De tal manera que la sentencia dictada en esas condiciones constituye la culminación de un procedimiento contrario al señalado expresamente por la ley procesal vigente y aun cuando haya sido pronunciada, previas todas las formalidades inherentes al juicio ordinario, no adquiere la virtud de producir los efectos legales de los que procedimentalmente deben pronunciarse por esta vía. En consecuencia no correspondiendo el fallo a una acción que tenga señalado el procedimiento del juicio ordinario, sino el del juicio especial, está fuera del alcance del recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, Octubre 2 de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes:

Por medio de la escritura 336, de 29 de agosto de 1928, de la Notaría de Ambalema, la sociedad Urbanizadora "La Favorita", transfirió a título de venta a Sabas Cázares S., los bienes raíces que en este instrumento se determinan, y por el mismo —cláusula Quinta— constituyó un derecho de servidumbre en los términos siguientes:

"Que la misma Sociedad establece desde ahora y para siempre una servidumbre de tránsito en favor del comprador Cázares y de sus sucesores por los terrenos de la hacienda de Pajonales de mi propiedad, que ponga en comunicación corta y directa la finca de Calabozo de propiedad del comprador con la vendida y de que trata el ordinal a) del punto primero; y que en caso de venta de la hacienda de Pajonales la Sociedad hará constar en la escritura respectiva la servidumbre que por ésta queda establecida".

En el título constitutivo, como es fácil observar, no quedaron determinados los linderos del predio sirviente —los Pajonales— ni sobre éste, los de la servidumbre que se establecía, como tampoco su extensión, forma o modalidad de ejercerla.

Con anterioridad al otorgamiento de la escritura 336, la sociedad Urbanizadora "La Favorita" S. A., según afirmación del demandante, usaba como vía de comunicación entre predios de su propiedad, Pajonales, Calabozo e Isla de Rayadero, un camino que tenía la trayectoria señala-

da en la demanda, camino que a su vez, continuó usando el comprador Cázares S. después de la constitución del derecho de servidumbre a que alude el instrumento público citado, en forma quieta, tranquila, pacífica y no interrumpida, con ánimo de señor y dueño, transportando por él, sus ganados vacunos, caballares, mulares, etc., de uno a otro predio, hasta fines del año de 1945, que sorpresivamente, la sociedad demandada por medio de sus empleados y obreros comenzó el descepe, rastrillo y arado del potrero "Común de Pajonales", inclusive el camino de herradura por donde el demandante hacía el tránsito entre los predios de "Calabozo" y la "Isla de Rayadero" y construyó una serie de canales de irrigación dentro de aquel potrero que no le permiten ese tránsito, como también se suprimió una puerta de golpe que daba acceso al camino, que atravesándolo se internaba a través del potrero "La Moya" y conducía corta y directamente a la "Isla de Rayadero".

En la actualidad —fecha de la demanda— se está descepeando, rastrillando y arando el potrero denominado "La Moya", que forma parte integrante del de "Pajonales", extinguiéndose, progresivamente, el camino por donde el demandante hacía el tránsito, con todo lo cual, a más de dejar aislados los predios dominantes, quedan sin vía alguna de acceso para la primera de las fincas nombradas, y ocasionándole ingentes perjuicios, pues se le ha imposibilitado para la explotación económica de sus fincas.

Desde el año de 1928, el señor Roberto Wills, había adquirido la hacienda de "Pajonales" por venta que le hizo "La Favorita" S. A., según escritura 3191 de la Notaría Tercera de Bogotá, en este instrumento el comprador se comprometió a "respetar el permiso que la sociedad vendedora le tiene conferido al señor Sabas Cázares, para transitar por los predios de dicha hacienda por el camino que él tiene establecido entre los predios de su propiedad".

En el año de 1940, por medio de la escritura 1677 de 4 de agosto de ese año, Notaría Primera, del Circuito de Bogotá, se constituyó la empresa "Ingenio Central del Tolima" S. A. y por ella, aportó el socio Roberto Wills, la parte plana de la hacienda "Pajonales" comprendida dentro de los linderos que allí se expresan y señalan, que en tal virtud, la empresa aludida como su actual dueño, es la obligada a respetar la servidumbre de tránsito existente sobre los predios sirvientes, y al resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Con fundamento en estos hechos, el demandante Sabas Cázares S. requirió, judicialmente, por la vía ordinaria de mayor cuantía de la empresa "Ingenio Central del Tolima S. A.", la restitución a su favor y de sus sucesores del uso y goce de la servidumbre de tránsito a que alude la escritura pública 336 de 29 de agosto de mil novecientos veintiocho, corrida ante la Notaría del Circuito de Ambalema, servidumbre que servía de comunicación corta y directa entre los predios rurales denominados "Calabozo" e "Isla de Rayadero" que según la demanda tenía la trayectoria allí indicada, y al pago del valor de las indemnizaciones correspondientes, a que tiene derecho por el despojo sufrido.

La empresa demandada contestó la demanda, así instaurada, negando la mayoría de sus hechos y aceptando algunos de ellos, considera improcedente el derecho invocado y la acción escogida, e incongruentes las peticiones y se opone a su decreto. Además, propone las excepciones de ilegitimidad de la personería de la parte demandante, petición antes de tiempo y modo indebido y carencia de acción, por cuanto, "los hechos apenas si sindicán al demandado de estar perturbando al actor en ejercicio de un derecho de servidumbre.

El Juez Civil del Circuito de Ambalema, ante quien se propuso la demanda, falló la controversia en sentencia de 5 de noviembre de 1947, accediendo a sus peticiones, menos la relativa a la fijación del valor de las indemnizaciones y sin pronunciarse sobre las excepciones propuestas por el demandado, en la contestación de la demanda y alegadas en el respectivo alegato de conclusión. Sin costas.

Las partes recurrieron en la apelación de la sentencia cuestionada y en lo desfavorable a cada una de ellas, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, donde bajo las ritualidades de la segunda instancia de los juicios ordinarios se puso fin a esta actuación, con la sentencia de 25 de junio de 1948, por medio de la cual se reforma la de primer grado, en el sentido de declarar: no probadas las excepciones perentorias propuestas por la empresa demandada, condenar a ésta, a pagar al demandante, los perjuicios causados y confirmar en todo lo demás, la sentencia apelada. Sin costas.

El Tribunal después de hacer un análisis de las características de la acción reivindicatoria de los derechos reales y de la indemnizatoria correspondiente, concluye aceptando su procedencia en el

caso de autos, y agrega: "también es verdad que la escritura 336 referida no determina, alindera o especifica, la senda o camino por donde ha de ejercerse la servidumbre". Y "que a pesar de que el demandante no hubiera ejercido su derecho de servidumbre por ninguna señal exterior dentro del predio sirviente, ello no implicaría desconocimiento de su derecho sino meramente una modalidad en el ejercicio del mismo, desde luego tendría la acción de restitución incoada".

Después de estudiarse en la sentencia, las alegaciones del apoderado del demandado, relativas a la previa fijación en juicio distinto al promovido de la zona por donde habría de ejercer el demandante el tránsito, concluye afirmándose:

"Conclusión de lo anterior para el Tribunal es la de que el demandante Cázares S., sí ha probado los requisitos o elementos esenciales para la prosperidad de la acción restitutoria del derecho real de servidumbre de tránsito, materia de este juicio, y que, por ende, tal acción debe prosperar, como deben desecharse las excepciones perentoria y demás reparos y objeciones propuestas por el señor apoderado de la entidad demandada".

El recurso

Recurrida en casación por la parte demandada la sentencia del Tribunal de Ibagué, la Sala, posiblemente, por la circunstancia de estar ella completa formalmente, decretó la admisibilidad del recurso sin entrar a estudiar el fondo mismo de la cuestión decidida ilegalmente por el sentenciador de instancia. Pero, observada por ella misma, la irregularidad consistente en la aplicación de normas procedimentales correspondientes a los juicios ordinarios, debiéndose aplicar las indicadas en los artículos 872 y ss. del Código Judicial, procede a resolver lo pertinente.

Acuso la sentencia del Tribunal, dice el recurrente, "por el primero de los motivos de casación que enumera el artículo 520 del Código Judicial, esto es, por ser dicha sentencia violatoria de la ley sustantiva".

En dos capítulos divide el recurrente su demanda de casación: el primero, comprende el examen de la acción reivindicatoria del derecho de servidumbre, y el segundo, el de la consiguiente acción de perjuicios.

La sentencia es motivo de varios reparos relativos: 1º) a la existencia, propiedad y singularización de la cosa objeto de la reivindicación; 2º)

a la posesión del demandado de la misma, y 3º) en lo concerniente a la acción de fijación de la indemnización de perjuicios.

Apenas se enuncian los cargos, porque su estudio es innocu para los efectos de la decisión que ha de tomar la Sala, a causa del problema de competencia planteado con la admisibilidad, en principio, del recurso de casación, dada la naturaleza de la acción incoada y la aplicación por los sentenciadores de instancia de normas procedimentales que corresponden a la vía ordinaria, debiéndose aplicar las del procedimiento especial señalado expresamente por la ley para la protección del derecho concretamente demandado.

Los derechos que se originan en las disposiciones del Título 11 —Libro 2º del Código Civil— son susceptibles de conflictos entre sus titulares los dueños de los predios sujetos a las relaciones jurídicas que se desprenden de la constitución del gravamen real de servidumbre, ya activa o pasivamente, que la ley protege otorgándole acciones especiales al titular afectado con el rompimiento o el cambio de la situación existente. Acontece, con mucha frecuencia, que uno de los propietarios pretende que su predio tiene activamente la imposición de determinadas servidumbres sobre otro, cuyo dueño se opone a ellas y le impide o estorba en esa imposición; entonces, la ley para imponer o para que se reconozca la legitimidad de la servidumbre y se permita su ejercicio, confiere la acción “confesoria” en beneficio del predio dominante. Cuando el dueño del predio sirviente, que ha estado sufriendo el gravamen, quiere liberarlo de él, existe la acción “negatoria” para extinguir la servidumbre. Y cuando los propietarios están conformes, en principio, sobre la existencia y legitimidad del derecho de servidumbre de que se trata, pero discrepan en cuanto su extensión, forma o modalidad de ejercerlo, o se considera necesario y conveniente variarlo, este derecho está protegido por la acción especial que se da a los dueños de uno u otro predio, dominante o sirviente, para que judicialmente se fije con precisión aquel modo o forma de ejercer legalmente el derecho real de servidumbre, o para que se varíe o cambie, teniendo en cuenta no sólo los factores materiales, sino los económicos que determinaron su constitución.

El ejercicio de cada una de estas acciones, tiene señalado expresamente en el Código Judicial vigente —Ley 105 de 1931— un procedimiento especial, inclusive la consecuencial para la fijación

de las indemnizaciones a que hubiere lugar. (Artículos 872 y ss.). En el Código anterior derogado, debía acudirse a la vía ordinaria.

El procedimiento en los juicios ordinarios, según el artículo 734 del Código Judicial, “es el que se sigue para ventilar y decidir cualquiera controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario”. Consecuencialmente, los recursos interpuestos contra las sentencias dictadas en estos juicios, deben concederse, admitirse y decidirse de acuerdo con la tramitación prevista para ellos, “en virtud de que la admisibilidad de un recurso constituye una verdadera calidad inherente a la sentencia misma”.

Por otra parte, el artículo 519 del Código Judicial, autoriza el recurso de casación, en armonía con el Decreto Extraordinario número 003547 de 1950, contra las sentencias de los Tribunales Superiores...: “1º las pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman este carácter”.

En el caso *sub judice*, el demandante invocó la vía ordinaria y el Juez Civil del Circuito de Ambalema, así admitió la demanda, pero el demandado en su contestación, la objetó o excepcionó de carencia de esta acción en el actor, de petición antes de tiempo o de modo indebido, alegando estarse “reivindicando una servidumbre discontinua e inaparente de la cual no se encuentra en posesión el demandado”, y porque “los hechos apenas si sindician a éste de estar perturbando a aquél en el ejercicio de ella”, y bajo esta tramitación falló la controversia. El Tribunal de Ibagué tramitó la segunda instancia como si se tratara de la apelación de una sentencia que pone fin a la de primera de un juicio ordinario, a pesar de la insistencia del demandado en la alegación de las excepciones anotadas.

Ahora bien, los antecedentes del litigio determinan que los interesados están de acuerdo, en principio, sobre la existencia y legitimidad del derecho de servidumbre constituido por la escritura 336, pero discrepan en cuanto su extensión y forma de ejercerla, esto es, en su modalidad: el sitio por donde debe hacerse el tránsito en el predio sirviente. El actor, sostiene que debe ser por el camino de herradura que venía usando el primitivo propietario “La Favorita, S. A.”, del predio sirviente “Pajonales”, antes de la constitución del gravamen; el demandado no acepta esa determinación e indica otros sitios por donde puede ejercerse la servidumbre de acuerdo con el instrumento público citado, e impide y estorba el uso del camino

viejo, alegando para ello, el hecho de no estar determinado en el título constitutivo con exactitud, sobre el terreno del predio sirviente la imposición, linderos y extensión del gravamen, ni su informe o modo de ejercerlo, pues allí —Cláusula Quinta— se dijo: constituir “desde ahora y para siempre una servidumbre de tránsito en favor del comprador Cázares y de sus antecesores por los terrenos de la hacienda de ‘Pajonales’ de su propiedad, que ponga en comunicación corta y directa la finca de ‘Calabozo’ de propiedad del comprador con la isla vendida y de que trata el ordinal a) del punto primero; y en caso de venta de la hacienda de ‘Pajonales’ la sociedad hará constar en la escritura respectiva la servidumbre que por ésta queda establecida”.

Así las cosas, la demanda debió interpretarse en su conjunto, a fin de buscar la verdadera intención que tuvo el actor, que en este caso no estaba contenida sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y legales en que la acción se apoya. En efecto, todos los hechos fundamentales tienen relación exclusivamente con la fijación de los linderos, extensión y modalidad del derecho real de servidumbre constituido por la escritura 336, el sitio por donde debe hacerse el tránsito por el demandante en el predio sirviente, ya que el título constitutivo no le determinó, ni posteriormente por los interesados fue establecido, y los fundamentos legales invocados corresponden precisamente a los derechos protegidos con la acción especial instituida en el Título XXVII del Código Judicial. Interpretación ésta de la demanda, que se ha autorizado con este sentido y este alcance, por la Corte en casos, “de equivocada denominación de la acción o error en la cita de preceptos legales en que se diga fundarla cuando el derecho en realidad existe bajo otras denominaciones y siempre que las circunstancias de hecho y los llamados presupuestos procesales hayan quedado adecuadamente establecidos en la demanda, base de la litis y pauta de la sentencia.

“El proceso es un hecho jurídico complejo producido por una serie de actos que se realizan en diferentes intervalos y que se llevan a cabo, ya por las partes, bien por el órgano público. De ahí, el doble aspecto de un proceso civil: formal en cuanto es realización de la norma adjetiva o ritual que acondiciona las distintas actividades dichas, para alcanzar la finalidad perseguida; substancial, en cuanto el desarrollo de esas actividades ha conducido a la realización de todos los

derechos subjetivos incoados, sea que ellos provengan de la realización inmediata de la relación jurídico-procesal, o de la acción sustantiva ejercitada.

“La ley procesal, en cuanto regula la forma de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público, y por consiguiente tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio. No existen entre nosotros juicios convencionales, esto es, juicios en los cuales tanto el juez como las partes puedan gobernar a su capricho la actuación y determinar contractualmente los efectos de los actos procesales. Este principio no obsta para que en casos particulares, pero siempre en virtud de disposición expresa de la ley, las partes tengan facultad para separarse de la observancia de una norma procesal, o para, consensualmente, acordar lo contrario a una regla procesal; v. gr., prorrogar un término no perentorio” (G. J. número 1904. S. 22 octubre/45. Tomo XLIII).

El hecho de que los sentenciadores de instancia acogiesen en la tramitación de este juicio, las normas procesales peculiares del juicio ordinario, la acción especial no conviértese en ordinaria, en fuerza de que “lo que caracteriza la acción adjetivamente considerada no es el procedimiento que arbitrariamente se le asigne, sino lo que ella es en realidad, o sea la naturaleza del derecho ejercitado y las formas que el código de la materia adopte para discutir dicho derecho”.

De tal manera que, la sentencia dictada en este juicio y recurrida en casación, constituye la culminación de un procedimiento contrario al señalado expresamente por la ley procesal vigente. El juicio especial “sobre imposición, variación, o extensión de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes”, en ningún momento asume el carácter de ordinario y el fallo que lo decide, aun cuando haya sido pronunciado, previas todas las formalidades inherentes al juicio ordinario, no adquiere la virtud de producir los efectos legales de los que procedimentalmente deben pronunciarse por esta vía, ni pierden su naturaleza de especiales. En consecuencia, no correspondiendo el fallo recurrido a una acción que tenga señalado el procedimiento del juicio ordinario, sino el de juicio especial, está fuera del alcance del recurso de casación, a que se le quiere someter, lo más que autoriza la ley es su revisión por aquella vía.

No puede ser de otra manera, porque si se ad-

mitiese el recurso de casación, con mayor razón sería obligatorio admitir el del fallo que se produzca en el juicio revisorio, y entonces se estaría en presencia de dos recursos extraordinarios de casación respecto de un mismo negocio y sobre el mismo juicio, procedimiento exótico y reñido con los principios y la finalidad del recurso de casación.

Y como el artículo 148 del Código Judicial define como usurpación de jurisdicción la falta de competencia para conocer de un asunto, y además, la misma ley sanciona con la nulidad de la actuación la incompetencia de jurisdicción, la cual es improrrogable en este caso, debe concluirse que los sentenciadores de instancia han incurrido en la secuela de este juicio juicio en la nulidad anotada y la Sala en la correspondiente al recurso de casación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colom-

bia y por autoridad de la ley, declara: La sentencia de 25 de junio de 1948, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el presente juicio especial sobre servidumbres —artículos 872 y ss. del Código Judicial— y fijación del valor de las indemnizaciones correspondientes, no es susceptible de ser considerada en casación por la Corte por falta de jurisdicción para hacerlo.

En consecuencia, declárase nula la actuación en el recurso de casación y las costas, si las hubiere, erogadas por el opositor en la misma, son de cargo, por mitad, de los Magistrados que suscribieron el auto de su admisibilidad y del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértase copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña (con salvamento de voto).—**Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RODRIGUEZ PEÑA

Muy brevemente expongo a continuación, las razones por las cuales he tenido que apartarme, con pena, de la conclusión adoptada por la mayoría de la Sala en la anterior providencia.

El señor Sabas Cásseres demandó al "Ingenio Central del Tolima, S. A.", para que **previos los trámites del juicio ordinario**, se condenara a la entidad demandada a restituírle el uso y goce de una servidumbre de tránsito. El Juzgado del conocimiento aceptó la demanda en los términos propuestos, y así fue decidida en las dos instancias del juicio. Recurrido luégo en casación el fallo del Tribunal, y ya en estado de ser decidido el recurso, la Sala encuentra que la acción ejercitada no es la reivindicatoria de un derecho real de servidumbre, ejercitable como tal, por el procedimiento de los juicios ordinarios, sino la de reglamentación sobre el modo de ejercerla, que por previsión expresa del artículo 872 del C. J., debe seguirse mediante el procedimiento especial que allí mismo se determina. Sobre tales supuestos, razona luégo la Sala así:

El hecho de que los sentenciadores de instancia hubieran acogido erróneamente la vía ordinaria propuesta por el actor, no es bastante para asignarle este carácter a una acción que, de acuerdo con la ley es y debe ser especial, en razón de la naturaleza del derecho cuya efectividad se busca, y de las fórmulas procesales creadas para garantizarlo; ni para convertir en sentencia de juicio ordinario, la que legalmente sólo puede tenerse como dictada en juicio especial, susceptible de ser revisado por la vía ordinaria; ni, por lo tanto, para hacer admisible contra ella el recurso de casación, de que carecen los fallos pronunciados en esta clase de juicios especiales. Pero como el artículo 148 del C. J. "define como usurpación de jurisdicción la falta de competencia para conocer de un asunto", y la misma ley sanciona con nulidad de la actuación la incompetencia de jurisdicción, concluye por declarar que el fallo pronunciado por el Tribunal "en el presente juicio especial sobre servidumbre" no goza de casación, y "en consecuencia", declara nulo lo actuado en el trámite del recurso.

Es claro que, cuando de controvertir el modo de ejercer una servidumbre se trata, la vía procedente no es la del juicio ordinario, sino la del especial establecido por la ley; y que si equivocadamente se presenta y admite la primera, lo actuado a través de dicho procedimiento es nulo, por cuanto subordina la competencia de los juzgadores a la fórmula procesal preestablecida para cada juicio, carece de atribuciones jurisdiccionales para adoptar otras distintas. Sin embargo, de la exactitud de estos postulados no puede concluirse, como lo sostiene la mayoría de la Sala, que al seguirse el procedimiento inadecuado, le es permitido al Juzgador, y menos aún a la Corte que conoce en casación, cambiar la naturaleza misma de dicho procedimiento por la del juicio que legalmente debía haberse promovido, para así fundar la conclusión de inhibitoria a que llega, y crear a la vez un supuesto recurso de revisión por vía ordinaria contra el fallo que se dictó dentro de ese mismo procedimiento. Las cosas son lo que son, y no lo que debieran ser.

Porque la verdad es, que también la competencia para declarar las nulidades procedimentales se halla subordinada a fórmulas procesales, que dentro de las instancias se concretan en un trámite específico o incidental claramente determinado por la ley, y que implican en casación la obligada demanda de la sentencia por dicho motivo. Luego al apartarse la mayoría de la Sala de este procedimiento, no sólo contradice el concepto en que equivocadamente funda su inhibitoria, sino que —frente a la total inoperancia del recurso de revisión que pretende contra la sentencia del Tribunal— lo que hace en definitiva no es sino darle a ésta el sello de la ejecutoria para que, a título de invalidez, pueda y deba ser ejecutada.

Bogotá, octubre de 1951.

Gualberto Rodríguez Peña

SE REPONE EL AUTO QUE PRECEDE

Tratándose en el caso de autos de una demanda que tiene como objetivo principal el de conseguir el reconocimiento de una servidumbre activa de tránsito y que no se le impida al demandante su uso y goce, con los efectos que estos actos implican, debe tramitarse como juicio ordinario, pues el Título XXVII —artículos 872 y ss. del C. J.— sólo se refiere a las acciones tendientes a imponer, variar o extinguir las servidumbres y a fijar el monto de las indemnizaciones que se deban o a que haya lugar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo E. Manotas)

Se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del “Ingenio Central del Tolima, S. A.”, contra la providencia de dos de octubre del año próximo pasado, en la cual se declaró no susceptible de ser considerada en casación por la Corte, por falta de jurisdicción, la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 25 de junio de 1948, dictada en el presente juicio.

El texto de la primera y principal súplica de la demanda que origina este litigio, es del tenor siguiente:

Primera.—Que el “Ingenio Central del Tolima, S. A.”, representado por su Gerente actual, señor Silvio Cárdenas, mayor y vecino de Bogotá, sociedad con domicilio en la misma ciudad, está obligada, ejecutoriada la providencia que decida esta litis, a restituir en el uso y goce de la servidumbre de tránsito a que alude la escritura pública número 336 de 29 de agosto de 1928, corrida ante la Notaría de este Circuito y debidamente registrada, al señor Sabas Cázares S., mayor de edad y de esta vecindad, servidumbre que servía de comunicación corta y directa entre los predios rurales denominados “Calabozo” e “Isla de Rayadero”, sitios dentro de esta jurisdicción municipal y cuya alinderación daré adelante, de propiedad del mismo señor Cázares; camino o servidumbre de tránsito, que tenía la siguiente

trayectoria: “Partiendo de la casa de la finca rural de ‘Calabozo’, a encontrar el antiguo camino real que de Ambalema conducía a Pajonales; de este punto, atravesando el potrero denominado ‘Común de Pajonales’ que forma parte íntegramente de la hacienda ‘Pajonales’, en línea recta, a encontrar los vestigios de una puerta de golpe que al otro lado de la carrilera del ferrocarril Ambalema-Ibagué, daba continuación a ese camino; de este punto, atravesando el potrero denominado ‘La Moya’, a encontrar el camino aún existente, que lleva al río Magdalena, en frente de la ‘Isla de Rayadero’”.

Se deduce de la petición transcrita, a pesar de la confusa presentación de los hechos que la sustentan y de la contestación de la demanda, que en realidad de verdad, la acción promovida es la de dominio o reivindicatoria de una servidumbre activa. En ella no se restringe el demandante a pedir el amparo o protección de una posesión perturbada, ni reclama simplemente la posesión perdida, sino que suplica expresamente de la justicia, la restitución “en el uso y goce de la servidumbre de tránsito a que alude la escritura pública 336 de 29 de agosto de 1928, que servía de comunicación directa y corta entre los predios rurales denominados “Calabozo” e “Isla de Rayadero”... de propiedad del señor Cázares”. Esto es, que se trata de una cuestión de fondo que sobrepasa los lineamientos de la acción posesoria, los de las de imposición, variación, extinción de una servidumbre o sobre el modo de ejercerla.

Aquí el demandante invoca su calidad de titular de la servidumbre activa de tránsito, presuponiendo su existencia al tiempo de promover la demanda y con el objetivo de que así se le reconozca, y no se le impida el correcto uso y goce de aquélla.

“La acción de dominio respecto de las servidumbres activas, tiene por objeto que se reconozca su existencia, y que no se impida el uso al dueño del predio dominante que debe ser el actor en el juicio. En este caso hasta cierto punto hay una especie de entrega a quien ejerce la acción,

puesto que el resultado de ésta será la ejecución de los hechos que implique la servidumbre respectiva sobre el predio sirviente”.

En tal virtud, tratándose en el caso de autos de una demanda que tiene como objetivo principal el de conseguir el reconocimiento de una servidumbre activa de tránsito y que no se le impida al demandante su uso y goce, con los efectos que estos actos implican, debe tramitarse como juicio ordinario, pues, el Título XXVII —artículo 872 y ss. del C. J.— sólo se refiere a las acciones tendientes a imponer, variar o extinguir las servidumbres y a fijar el monto de las indemnizaciones que se deban o a que haya lugar.

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, REVOCA su providencia de dos de octubre de 1950, dictada en la actuación relativa al recurso de casación y en su lugar dispone, que continúe la tramitación de éste. En consecuencia, ejecutoriada esta resolución, vuelva al Despacho el negocio para los efectos de la decisión que corresponde proferir a la Sala.

Notifíquese y cúmplase.

Arturo Silva Rebolledo — Pablo E. Manotas—

Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas.

Emilio Prieto, Ofi. Myr. en ppdad.

ACCION DE PETICION DE HERENCIA.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 20 DE LA LEY 153 DE 1887.—LA LEY 45 DE 1936 NO MODIFICO LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 1043 DEL CODIGO CIVIL SOBRE REPRESENTACION EN LAS HERENCIAS

1.—Conforme al artículo 20 de la Ley 153 de 1887, el estado civil adquirido dentro de una legislación, no puede variarse aunque la ley que lo constituyó sea abolida. De esta suerte, el simple estado civil de los hijos de Pascuala Calderón, adquirido dentro de una legislación anterior a 1890, no se puede variar; pero una nueva ley sí puede variar o suprimir las condiciones adherentes a ese estado civil, que fue lo que hizo la Ley 95 de 1890, la cual suprimió la condición de reconocimiento expreso, nueva modalidad jurídica que vino a favorecer a los hijos de Pascuala Calderón. Esa obligación de reconocimiento es un anexo al estado civil, que de acuerdo con el mismo artículo 20, se rige por la ley nueva.

El artículo 20 comentado, contiene dos principios: uno, subsistencia del estado civil adquirido de acuerdo con la ley vigente al momento del nacimiento, aunque ella sea abolida; y el otro: reserva en el sentido de que por ley nueva sí se pueden alterar las obligaciones anexas al estado civil, las cuales se registrarán por la ley nueva.

2.—De acuerdo con disposiciones civiles, para alcanzar éxito en la acción de petición de herencia, hay que probar que se tiene mejor derecho a la herencia que el que la ocupa en calidad de heredero (artículo 1321 del C. C.). De donde resulta que previamente ha de haber un debate sobre herederos, es decir, una discusión sobre estado civil. No puede concebirse, pues, una acción sobre petición de herencia, sin que en la litis haya que abarcar una cuestión familiar. Y el Tribunal ha entendido que esa cuestión familiar, se torna en una acción sobre filiación natural, como primaria, lo cual es un error.

3.—En armonía con el artículo 1043 del C. C., el derecho de representación no existe para el hijo natural de un hermano del causante. El artículo 22 de la Ley 45 de 1936 expresó que muerto un hijo natural, sin

descendientes ni ascendientes, lo heredan sus hermanos, legítimos o naturales; pero con respecto al derecho de representación, quedó en pie lo expresado en el Código, en su artículo 1043, no modificado por aquella ley sobre filiación natural, conforme al cual no hay lugar a representación sino en los casos de descendencia legítima.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, tres de abril de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Origen del pleito

a) Pascuala Calderón, siendo soltera, tuvo tres hijos llamados Baldomero, Primitiva y Félix;

b) Baldomero Calderón fue bautizado el 28 de febrero de 1864 y dice la partida correspondiente que es hijo natural de Pascuala Calderón;

c) Primitiva Calderón fue bautizada el 11 de septiembre de 1860, y también dice la partida que es hija natural de Pascuala Calderón;

d) Félix Calderón fue bautizado el 26 de mayo de 1867, y la partida expresa sobre su madre lo mismo que las anteriores;:

e) Rosendo Calderón fue hijo natural de Primitiva Calderón;

f) Rebeca Calderón y Rita Calderón fueron hijos legítimos de Félix Calderón;

g) Rita Calderón y sus hermanos que se acaban de citar son sobrinos de Baldomero Calderón, y también lo es Rosendo Calderón;

h) Baldomero Calderón murió, y el juicio de sucesión se abrió ante el Juzgado del Circuito de Socha en agosto de mil novecientos cuarenta y dos, declarándose en él como único heredero al Municipio de Socotá, declaración que fue confirmada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por proveído de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos;

i) Pascuala Calderón, madre de Baldomero,

Primitiva y Félix Calderón (letras a, b, c y d) murió siendo soltera en mayo de 1900;

j) Rebeca y Antonio Calderón, hijos de Félix (letra f), vendieron sus derechos hereditarios en la sucesión de su tío Baldomero Calderón (letra h) a Pedro y Campo Elías Mejía, y también vendió a éstos su derecho en la misma sucesión Rosendo, hijo de Primitiva Calderón (letra e), según escritura 220 de 24 de abril de 1942, Notaría de Socha;

k) Rita Calderón, hermana de Rebeca y Antonio Calderón (letra f) vendió sus derechos en la misma sucesión de su tío Baldomero a Santos Mariño, según escritura 597 de 10 de octubre de 1942, Notaría de Socha;

l) A virtud de aquella venta (letra j), los citados Pedro y Campo Elías Mejía se presentaron dentro del juicio de sucesión de Baldomero Calderón (letra h), pidiendo que en su carácter de subrogatarios de los derechos de Rosendo Calderón, en representación de su madre Primitiva (letra e) y de Antonio y Rebeca, hijos de Félix (letra f) y en representación de éste, se les reconociera tal carácter para excluir al Municipio de Socotá (letra h); pero el Juez negó esto con la razón cardinal de que no se ha establecido que el causante Baldomero Calderón, ni sus hermanos Primitiva y Félix Calderón, fueran hijos naturales de Pascuala Calderón, pues necesitaban para serlo el reconocimiento exigido por la antigua legislación civil del Estado Soberano de Boyacá a la época del nacimiento de aquéllos.

ll) El Tribunal aceptó la doctrina y las conclusiones del proveído de primer grado. Dice el Tribunal: "En efecto, aceptando, como lo sugiere el señor Juez a quo, que por haber nacido el causante, según aparece de la respectiva partida de origen eclesiástico, en el año de 1864, cuando regía el C. C. del Estado Soberano de Boyacá, que exigía para la constitución del estado civil de hijo natural el reconocimiento solemne, no sólo del padre sino de la madre y no habiéndose exhibido por los dichos demandantes los documentos contentivos del reconocimiento, que se hubiera hecho por la madre del causante tanto en favor de éste como de sus presuntos hermanos, Félix y Primitiva Calderón, no existe la prueba de que éstos tengan la calidad de hijos naturales ni de que ellos entre sí sean hermanos naturales y por consiguiente faltando la demostración de este vínculo, los hijos de los nombrados y presuntos hermanos del causante no tienen vocación a la herencia de éste en representación de sus padres y

careciendo de este derecho mal pueden haberlo transmitido a los demandantes para que éstos a su turno se puedan considerar como sus subrogatarios".

Y como se ha dicho, en las dos providencias a que se refieren las letras l) y ll), se reconoció como heredero de Baldomero Calderón al Municipio de Socotá, "dejando a salvo los derechos que puedan tener los subrogatarios para hacerlos valer en juicio controvertido";

m) No habiendo alcanzado éxito dentro del juicio de sucesión, los subrogatarios se presentaron en juicio ordinario ante el mismo Juez de Socha, según demanda de primero de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, contra el Municipio de Socotá; pero ya los acompañó Santos Mariño, diciéndose subrogatario de los derechos herenciales por representación, de Rita Calderón, hija de Félix Calderón letra f), hermano éste del causante Baldomero. Y por medio de apoderado piden en síntesis los mencionados Mejía y Mariño que se declare:

Que Baldomero, Félix y Primitiva Calderón son hijos naturales de Pascuala Calderón y tenían tal carácter cuando murieron; y que como consecuencia, estos sujetos son entre sí hermanos naturales;

Que Rebeca, Rita y Antonio, como hijos de Félix Calderón, hermano éste de Baldomero, representan a su padre y son herederos por representación del causante Baldomero Calderón, de manera que excluyen al Municipio de Socotá en la sucesión de aquél, y que lo mismo ocurre con Rosendo, hijo natural de Primitiva Calderón;

Que los subrogatarios tienen igual derecho que sus cedentes para reclamar la herencia de Baldomero Calderón de acuerdo con el artículo 1377 del C. C., y tienen personería sustantiva; y

Que las providencias judiciales dictadas por el Juzgado y por el Tribunal no fundan la excepción de cosa juzgada y no perjudican ni a los compradores ni a los vendedores.

Los hechos de esta demanda son más o menos los mismos que se han dejado historiadados.

n) El Juzgado falló el negocio por sentencia de veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, declarando no probada la excepción de "carencia de derecho en la acción" y absolviendo al Municipio demandado. El razonamiento del Juzgado gira alrededor de esta tesis, que de la sentencia se copia, y que coincide con las de los proveídos de la sucesión, letras l) y ll): "La providencia de este Juzgado y la emanada

de la Sala Unitaria del H. Tribunal Superior de Santa Rosa de V., conceptúan que en los años en que nacieron los hijos de Pascuala Calderón, la ley exigía como requisito indispensable para adquirir el estado civil de hijo natural respecto al padre y a la madre, la constitución u otorgamiento de una escritura pública en la que intervenían los reconocientes naturales, o la institución de la naturalidad en el testamento. Tal cosa es cierta y se deduce claramente del contexto de las disposiciones del C. del Estado Soberano de Boyacá cuando reglamentaba el estado civil del hijo no legítimo”;

ñ) El Tribunal Superior, en fallo de veintiocho de enero de mil novecientos cuarenta y siete, reformó el de primera instancia, declaró probada la excepción de carencia de derecho en la acción, y confirmó lo demás, es decir, la absolución.

Lo que quiere decir que el Juzgado absolvió y no encontró probada la excepción de carencia de derecho en la acción, y el Tribunal absolvió porque sí encontró probada esa excepción.

El Tribunal en su fallo tomó camino distinto del que adoptó el Juzgado, sosteniendo que se trata de una acción sobre filiación natural, acción privativa de los hijos naturales. Expresa el Tribunal que se ha solicitado en la demanda que se declare la maternidad natural de Baldomero, Félix y Primitiva Calderón, en relación con su madre Pascuala Calderón, y también que aquellos tres sujetos son hermanos naturales entre sí. “Se dice que Baldomero, Félix y Primitiva Calderón —apunta literalmente la sentencia— nacieron de una misma madre, Pascuala Calderón, la cual se considera como madre natural de aquéllos, es decir que éstos nacieron de uniones sexuales extramatrimoniales, y son, por lo mismo, hermanos naturales entre sí”. Pero da la circunstancia —continúa el Tribunal— de que aquéllos murieron “sin que por su parte se hubiera iniciado de manera directa (subraya la Sala), la acción correspondiente de filiación natural con respecto a su madre Pascuala Calderón, acción ésta privativa de los hijos naturales...”. Y termina: “En el caso a estudio, los sobrinos de Baldomero Calderón no son las personas indicadas por la ley en vía de instaurar acciones sobre declaración de maternidad natural de sus padres con respecto a Pascuala Calderón”.

Y concluye el fallo con la afirmación de que “los demandantes no tienen capacidad para incoar acciones de la naturaleza contemplada en autos”; por lo cual ese fallo desembocó en el reconoci-

miento de la excepción de falta de derecho en la acción.

El Tribunal apenas enunció los parentescos de que trata la demanda, y para salir adelante en su punto de vista sobre la acción, dio esos parentescos por no establecidos, pero sin hacer examen de ellos a la luz de lo probado en los autos; de manera que hizo caso omiso de la acción sobre petición de herencia, tal vez porque la creyó muy secundaria ante la que estudió no sólo como principal sino como única: la acción de filiación natural. Omisión del estudio de aquella acción que resulta extraña ante esta tesis que sentó el Tribunal antes de entrar en el análisis de la excepción, a saber: “De autos se deduce que se ha iniciado la acción de petición de herencia, supeditada tal acción a la de filiación natural, a la de estado civil”. De manera que el Tribunal acepta que había de por medio una acción sobre petición de herencia, pero ella ni se estudió en el fallo, ni se decidió en éste.

Casación

La parte demandante en este juicio se alzó en casación contra la sentencia del Tribunal, y acusa ésta, dentro del 1º y 2º motivos de casación del artículo 520 del C. J. así:

Ser violatorio de ley sustantiva por infracción directa;

Ser la misma sentencia violatoria de ley sustantiva por apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas, por lo cual el Tribunal incurrió en error de hecho y en error de derecho; y

No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

La Sala prescinde de estudiar esta alegación de incongruencia, por no creerlo necesario, y considera de una vez las otras dos alegaciones, por tener una razón común, a saber: haberse desconocido la filiación natural de los hijos de Pascuala Calderón, con lo cual se violaron directamente unos textos legales, e indirectamente otros por errores de hecho y de derecho, según lo expresa el recurrente.

Acerca de lo primero, estima el recurrente que el Tribunal violó los artículos 1º de la ley 45 de 1936, y por ende el artículo 7º de la ley 95 de 1890. Dice que estas disposiciones se invocaron en la demanda, porque ellas fueron desconocidas en los fallos de primera y segunda instancia en

que se definió que el Municipio de Socotá era el heredero del causante Calderón, y que no obstante que el Tribunal estaba obligado a examinar esa situación pues que las disposiciones mencionadas fundamentan la demanda y el título que invocan los actores, es la verdad que el Tribunal no se ocupó de este tema en la sentencia que debe analizarse en casación; y que se violaron aquellos textos legales por omisión directa, dice el recurrente.

Dentro del mismo orden de ideas dice el recurrente que fueron violados los artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 22 de la Ley 45 de 1936, violación que es consecuencia de las dos anteriores "porque si el Tribunal se hubiera tomado la molestia de estudiar a fondo el problema y hubiera analizado las disposiciones que constituían el título de naturalidad que Pascuala Calderón tenía con relación a sus tres hijos, necesariamente habría encontrado actualizable los cuatro artículos que he citado, ya que en el expediente hay prueba superabundante que hace relación con lo que ellos establecen. En la demanda, el doctor Pedraza C. dice: Que los señores Baldomero Calderón, Félix Calderón y Primitiva Calderón son hijos naturales de Pascuala Calderón y tenían tal carácter cuando murieron. Esto quiere decir que el doctor Pedraza aceptaba tal hecho como indiscutible, pero reclama de la justicia que así se declare, porque el Tribunal, en el auto que revisó el proferido por el Juzgado de Socha y dentro del sucesorio de Baldomero Calderón, cuyas copias fueron acompañadas a la demanda, se les desconoció a sus mandantes el vínculo que ligaba a los vendedores con el causante".

Dice el recurrente además, que si el Tribunal hubiera fijado su atención en las partidas que se acompañaron, y leído los artículos legales que se han citado, no hubiera violado por omisión los textos mencionados.

En cuanto a la alegación sobre apreciación indebida o falta de apreciación de unas pruebas, dice el recurrente que fueron violados los artículos 22 de la ley 57 de 1887 y 79 de la ley 153 de 1887, que versan sobre pruebas del estado civil (estos artículos fueron modificados por el 27 de la ley 92 de 1938, apunta la Sala), y que el Tribunal cometió error de hecho y error de derecho al no dar valor a las partidas de origen eclesiástico de las cuales aparece que Baldomero, Félix y Primitiva Calderón fueron hijos naturales de Pascuala Calderón, porque nacieron siendo ésta soltera, estado éste que quedó establecido desde

la ley 95 de 1890, que el Tribunal no estudió, y por lo cual hubo de hacer a un lado la acción de petición de herencia para entrar a considerar la acción de filiación natural, no propuesta e inoportuna en el presente litigio. Expresa el recurrente literalmente: "El Tribunal pasó como por sobre ascuas sobre la parte esencial de este litigio, que lo era la interpretación del artículo 7º de la ley 95 de 1890, bajo cuya vigencia quedó definitivamente constituido el estado civil de Pascuala con relación a sus tres hijos mencionados, y los de éstos en relación con su madre". Y expresa además: "Esto condujo fatalmente al Tribunal a estudiar un tópico propuesto por la parte demandada que no era atinente, y que no hubiera ocurrido si el Tribunal entra a analizar las disposiciones sustantivas que se invocaron como título constitutivo del estado civil de los hijos de Pascuala Calderón, que lo era principalmente el tantas veces citado artículo 7º de la ley 95 de 1890, de rigurosa aplicación en el presente caso, y de las demás disposiciones que fueron violadas".

Consideraciones de la Sala

Esta es la cuestión central que es preciso estudiar en el presente caso, y de la cual dependen todas las conclusiones a que haya que llegar para liquidar la situación de este pleito: ¿Baldomero Calderón, el causante, era hijo natural de Pascuala Calderón, y lo eran también Primitiva y Félix del mismo apellido?

Porque si lo eran, estuvo desacertado el Tribunal al tomar el camino de una acción de filiación natural, inoportuna si los tales sujetos eran hijos naturales por ministerio de la ley, sin que hubiera necesidad de definición judicial sobre el caso; y si no eran hijos naturales, habría que llegar a la conclusión a que se arrimó el Tribunal, o a otra, pero en todo caso en desacuerdo con las aspiraciones de los actores. Cuestión a estudio un tanto compleja, pero que la Sala debe acometer cuidadosamente, no sólo porque hay de por medio una delicada materia de derecho, sino también unos intereses creados, debido a que al Municipio de Socotá le fue adjudicada la herencia que aquí se discute, y porque sobre ésta se han dictado ya cuatro proveídos judiciales adversos a quienes así litigan como actores. Y como en estos proveídos no se acepta la filiación de los hijos de Pascuala, con el argumento de que de acuerdo con la legislación del Estado Soberano de Boyacá existente a la época del nacimiento de éstos,

se necesitaba el reconocimiento de hijos naturales; y como los actores sostienen esa filiación natural con invocación de la ley 95 de 1890, y de la ley 45 de 1936, el examen que se acometa ha de abarcar un período comprendido desde la vigencia de esa legislación boyacense hasta la vigencia de la ley de 1936 sobre filiación natural.

En su proveído, el Tribunal expresa lo siguiente, según se vio atrás, lo cual dio orientación a ese proveído: "Se dice que Baldomero, Félix y Primitiva Calderón nacieron de una misma madre, Pascuala Calderón, la cual se considera como madre natural de aquéllos". "Se dice —añota el Tribunal— lo que expresa que éste duda del hecho, no lo acepta, y por eso, a renglón seguido, manifiesta "que aquéllos murieron sin haber iniciado de manera directa la acción correspondiente de filiación natural con respecto a su madre, acción privativa de los hijos contra la madre o contra los herederos de ésta". Estimó el Tribunal que aquellos tres sujetos no tenían el carácter de hijos naturales, y que por eso han debido entablar contra su madre la acción correspondiente para alcanzar esa filiación; y que como murieron sin haber realizado esta tarea, la cual no pueden llevar a cabo otros, porque esa acción es personal de los hijos, surgió entonces la excepción declarada por el Tribunal, y la absolución de los demandados.

Quiere esto decir que si el Tribunal hubiera estimado que los hijos de Pascuala Calderón tenían el carácter de naturales, sus conclusiones habrían sido distintas.

Ya se vio que el Juzgado declaró no probada la excepción de falta de derecho en la acción, y absolvió a los demandados; y que el Tribunal encontró probada esa excepción, y también absolvió a los demandados. De la misma manera se vio que los caminos por los cuales se llegó a esa absolución son distintos: el Tribunal estimó que se trataba de una acción sobre filiación natural, y fue éste el tema central de su proveído; mientras que el Juzgado, siguiendo las argumentaciones de los dos fallos sobre la sucesión, estimó que los actores no tenían capacidad para presentar demanda sobre la herencia de Baldomero Calderón, porque no aparecía establecido el parentesco que ligara a los ascendientes de quienes vendieron derechos hereditarios, con el causante.

Este es el argumento clave de la sentencia del Juez, y es también el argumento de los dos proveídos en que se declaró al Municipio de Socotá como único heredero de Baldomero Calderón: no

está probado que el causante Baldomero Calderón, Félix Calderón y Primitiva Calderón, padres los dos últimos de quienes vendieron sus derechos hereditarios a los actores, hubieran sido hermanos entre sí, y hubieran sido hijos naturales de Pascuala Calderón, porque no aparece el reconocimiento como tales, y a la fecha del nacimiento regía el Código Civil del Estado Soberano de Boyacá, que exigía ese reconocimiento en sus artículos 341 y 343.

Mientras que el Tribunal, tomando sin duda inspiración de este argumento, pero sin estudiar el caso, no aceptó que los tres hermanos mencionados fueran hijos naturales.

Falla completamente ese argumento, y falla por tres razones que se van a examinar y que dejan ver el poco estudio que se hizo de la cuestión:

Primera razón: El Código Civil del Estado Soberano de Boyacá, que se aplicó en aquellas decisiones judiciales, es el mismo del Estado Soberano de Cundinamarca, adoptado para aquel Estado por la Ley de 10 de diciembre de 1863, en la cual se autorizó al Gobierno para señalar la fecha en que tal Código debía entrar a regir en Boyacá; y el ejecutivo señaló para su vigencia el 10 de noviembre de 1864, según decreto de 18 de octubre de este año.

Baldomero Calderón, causante, fue bautizado el 28 de febrero de 1864 (letra b de atrás).

Primitiva Calderón, hermana de aquél, fue bautizada el 11 de septiembre de 1860 (letra c).

Estos dos sujetos nacieron, pues, antes de que entrara a regir el Código Civil de Boyacá, y sólo Félix Calderón nació un poco después. Y en estas condiciones no se puede colocar a los dos primeros hermanos Calderón dentro del régimen de ese Código boyacense.

Antes de la vigencia de este código y de acuerdo con la Constitución de 1821, regía en Boyacá y en los demás Estados sin leyes propias, la legislación española, relacionada con la materia, Novísima Recopilación, Título V, sobre todo la Ley 11 de Toro que se anuncia así: "Calidades de los hijos para que se estimen naturales", y que dice: "Porque no se puede dudar cuales son hijos naturales; ordenamos y mandamos, que entonces se digan ser los hijos naturales, cuando al tiempo que nascrien, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensión; con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger, de quien lo hubo, en su casa, ni sea una sola; i con-

curriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos, que sea hijo natural”.

Segunda razón: Para afianzar sus puntos de vista sobre la materia, las sentencias mencionadas hacen memoria del artículo 341 del Código Civil de Boyacá, que dice: “Los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por sus padres, o por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de hijos naturales respecto del padre que los haya reconocido”. Pero los juzgadores pasaron por alto otro artículo del mismo Código, el 40, que después de definir lo que son hijos naturales, dice lo siguiente, especial para la madre natural: “Los hijos habidos por una mujer y que no sean legítimos conforme al Código Civil, son en todo, respecto de la madre, sus hijos naturales **para todos los efectos civiles, aun cuando no haya reconocimiento por instrumento público**; siempre que esos hijos no hayan nacido de dañado y punible ayuntamiento”. (La Sala subraya). Y esto se dice, después de definir lo que son hijos naturales, lo cual no resulta del artículo 341, en que se prescinde de la condición de que los padres del hijo pudieran casarse entre sí al momento de la concepción, elemento éste esencial que sí se encuentra en el artículo 40, que no se estudió en la sentencia. No se explica, entonces, por qué este artículo no fue citado para el caso. Con razón en la edición oficial del Código Civil de Boyacá, frente al artículo 341, se encuentra esta nota: “Véase el artículo 40 en cuanto se refiere a la madre”. Artículo éste en que no se exige reconocimiento por escrito, siguiéndose así los principios de la legislación española antigua.

Tercera razón: Todavía hay otra razón, a saber:

La Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Boyacá legisló nuevamente sobre hijos naturales en el año 1874, por medio de la Lei CCLII, “que adiciona i reforma el Código Civil”, y que dice en el artículo 1º: “Los hijos habidos por una mujer i que no sean legítimos conforme al Código Civil, son en todo, respecto de la madre, sus hijos naturales para todos los efectos civiles, aun cuando no haya reconocimiento por instrumento público; siempre que esos hijos no hayan nacido de dañado i punible ayuntamiento.

2º No gozará de los derechos de madre natural la que haya abandonado a su hijo o lo haya puesto en casa de expósitos u otros lugares semejantes”.

Esta ley, sancionada por el Presidente del Estado señor Eliseo Neira el 7 de noviembre de 1874, fue publicada en “El Boyacense”, número 376, año X, de 15 de febrero de 1875. Y por medio de ella, en su artículo 16, se reformó expresamente el 343 y sus concordantes. Es éste el artículo que expresa que el reconocimiento debe hacerse por instrumento público o por testamento, y fue uno de los invocados en las sentencias ameritadas.

Lo expuesto hasta aquí está demostrando que no son fundados en derecho ni las decisiones sobre el juicio mortuorio de que se ha hablado, ni el fallo de primer grado en este juicio, ni el criterio del Tribunal, porque aquéllas y éstos no han aceptado que los Calderón sean hermanos entre sí e hijos naturales de Pascuala Calderón, por la circunstancia de que no habían sido reconocidos expresamente, es decir, ni por escritura pública ni por testamento, reconocimiento escrito que no se exigía dentro de aquella legislación boyacense.

No obstante lo anterior, quiere colocarse la Sala dentro del pensamiento de los falladores, aceptando por vía de argumentación contra lo expuesto por éstos, la razón de que en Boyacá rigió en la época que se ha contemplado el reconocimiento escrito de hijos naturales, lo cual obligaba a los hijos de Pascuala Calderón.

En 1886 se operó en el país una transformación política y al año siguiente fue dictada la Ley 57 que adoptó para la República Unitaria el Código Civil sancionado en mayo de 1873, con las reformas y adiciones que la misma ley expone; y tal ley expresó en su artículo 7º: “se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre, madre o ambos, otorgado por escritura pública, o por acto testamentario, o de conformidad con el artículo 368 del mismo Código. No obstante lo dispuesto en el aparte que precede, se reputarán hijos naturales, respecto de la madre, y para todos los efectos civiles, los habidos por una mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción”.

Este artículo 7º de la nueva legislación dice lo mismo en esencia que el artículo 40 del código civil de Boyacá que quedó examinado atrás. De suerte que la nueva legislación no modificó en nada el principio sobre naturalidad de los hijos nacidos de mujer que a tiempo de la concepción podía casarse. Y ya se dijo que del artículo 40

boyacense no hizo mención siquiera la sentencia que se está examinando.

De esta suerte, la situación de parentesco entre Pascuala Calderón y sus hijos quedó colocada dentro de la legislación colombiana, porque disponiendo la ley 57 de 1887 lo mismo que se disponía en el Código de Boyacá, no hubo solución de continuidad.

La ley 153 de 1887 ya cambió de criterio, y exigió reconocimiento escrito, es decir explícito y no tácito o posesión notoria (artículo 56). Pero dijo en su artículo 20 que el estado civil de las personas adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida; principio de legislación universal que se funda en la consideración de que el estado civil que regula las relaciones de familia, y por tanto de la sociedad, es situación jurídica de orden público que no puede estar sometida a vaivenes, y que constituye un derecho adquirido. Mas como ya el estado civil de los hijos de Pascuala Calderón, y el mismo de ésta, habían sido fijados a través de la ley 57 de 1887, aquella ley 153 que tan claramente exigió el reconocimiento explícito y literal, nada tiene que ver con las personas citadas.

En 1890 se volvió a legislar sobre hijos naturales, y la ley 95 expresó en su artículo 7º: No obstante lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 56 de la ley 153 de 1887, que versa sobre el reconocimiento explícito, se presume ese reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda. Y agrega el artículo: "en consecuencia, tales hijos tendrán el carácter de naturales con relación a su madre, como si hubieran sido reconocidos por instrumento público".

Este artículo ratifica la situación de parentesco entre Pascuala Calderón y sus hijos. Mas como él ha sido motivo de argumentación por parte de los juzgadores citados y por parte del apoderado del Municipio, sobre todo al referirse a la demanda de casación, es preciso examinar esos argumentos, colocándose la Sala, como ya se dijo, dentro del criterio del reconocimiento como medio de alcanzar la filiación natural, criterio seguido por aquellos falladores y que orientó la sentencia del Tribunal.

El apoderado del Municipio dice ante la Corte: "El punto de divergencia entre las partes interesadas en la contienda actual consiste en afirmar que Baldomero y sus hermanos Primitivo y Félix, pueden aprovechar el precepto legal de la

ley 95 de 1890, en cuanto establece que el hecho del nacimiento concede a los hijos la condición de naturales con respecto a la madre que los haya dado a luz". El apoderado de los actores sostiene esta tesis, mientras que es impugnada por la contraparte.

Es varia la legislación colombiana, como la de otros países, en cuanto a la filiación de los hijos naturales pues en unas épocas ha regido el principio de agregar una condición —la del reconocimiento— al acto del nacimiento, y en otras ha regido el principio, en relación con la madre, de que el simple acto del nacimiento configura esa filiación de hijo natural, tratándose de madre soltera o viuda al momento de la concepción. Hoy rige el nacimiento sin condición pues la ley 45 de 1936 adoptó en su artículo 1º el mismo principio de la ley 95 de 1890, a saber: tendrán la calidad de naturales "por el solo hecho del nacimiento" los hijos de mujer soltera o viuda que al momento de la concepción podían casarse. Esta es la filiación o estado civil sin condición.

Y se dice estado civil, porque de acuerdo con las normas legales de todo tiempo y de todas partes, el estado civil es la calidad de un individuo frente al Estado y frente a la sociedad, y ella debe constar en los registros correspondientes sobre nacimientos, defunciones, matrimonios, etc. (arts. 346 y s. s. del C. C.). El acta de nacimiento, pues, prueba el estado civil de una persona. El acta de nacimiento de los hijos de Pascuala Calderón, definió su estado civil. Lo demás, son condiciones externas que no afectan en sí esa situación civil.

Como en la familia natural hay un estado de cosas más o menos secreto, e interesa a la sociedad definir en lo posible ese estado un tanto caótico, sobre todo en lo que se refiere a la dirección, a la patria potestad, se ha creído conveniente en muchos casos y partes agregar a ese nacimiento una condición de reconocimiento, que no es común a todos los casos de estado civil; y entonces, al aplicar las leyes de interpretación con motivo del tránsito de una legislación a otra, se tropieza con el artículo 20 de la Ley 153 de 1887, ya citado atrás, y que ha servido de centro a varios argumentos de los opositores en el juicio, conforme al cual el estado civil adquirido dentro de una legislación, no puede variarse aunque la ley que lo constituyó sea abolida. De esta suerte, el simple estado civil de los hijos de Pascuala Calderón, adquirido dentro de una legislación anterior a 1890, no se puede variar; pero una nue-

va ley sí puede modificar o suprimir las condiciones adherentes a ese estado civil, que fue lo que se hizo por la ley 95 de 1890, la cual suprimió la condición de reconocimiento expreso, nueva modalidad jurídica que vino a favorecer a los hijos de Pascuala Calderón. Esa obligación de reconocimiento es un anexo al estado civil que de acuerdo con el mismo artículo 20 se rige por la ley nueva.

El artículo 20 comentado contiene dos principios: uno, subsistente del estado civil adquirido de acuerdo con la ley vigente al momento del nacimiento, aunque ella sea abolida; y el otro, reserva en el sentido de que por la ley nueva sí se pueden alterar las obligaciones anexas al estado civil, las cuales se regirán por la ley nueva.

Es interesante saber que Pascuala Calderón vivió un largo período bajo el régimen de la ley 95 de 1890, y que ella cuidó de sus hijos, proveyó a su crianza y educación y los tuvo como a hijos naturales, según prueba plena que hay en el expediente.

De manera que si para la época del nacimiento de los hijos de Pascuala Calderón hubiera existido la obligación del reconocimiento expreso o escrito, esta exigencia dejó de regir al expedirse la ley de 1890, y así vinieron a quedar favorecidos aquellos hijos; y la irretroactividad que invocan los opositores como argumento al parecer de efecto, no se desconoce en el presente caso.

"El estado civil se adquiere al momento del nacimiento con arreglo a las leyes que en ese determinado momento rigen. En el caso, los hijos de Pascuala Calderón no tienen el carácter de naturaleza respecto de ésta, aunque hubieran vivido bajo la vigencia de la ley 95 de 1890". Este es argumento de los opositores ante la Corte, repetido en varias partes. Pero ya se ha dicho que ese estado civil, dentro del criterio de los opositores, en nada se está modificando, y persiste para los hijos de Pascuala Calderón, soltera y en condiciones de casarse cuando sus hijos nacieron; y por eso los favorece aquella ley 95.

Pero sobre estas materias es de gran fuerza de convicción otro artículo de la ley 153 de 1887, que trató, como la 57 del mismo año, de vadear dificultades que, pudieran surgir con el tránsito de una legislación a otra, tránsito demasiado complicado y difícil porque por esa época se contemplaba esta situación: una legislación central frente a otra diluida, frente a tantos códigos como Estados Soberanos existían. El artículo 25 de

aquella ley 153 dice: "Los derechos de los hijos ilegítimos o naturales se sujetan a la ley posterior en cuanto su aplicación no perjudique a la sucesión legítima".

Este es el caso en consideración: a los hijos de Pascuala Calderón los favorecía la legislación del país en cuanto no exigía reconocimiento literal para los naturales, porque se trata de una sucesión en que no hay de por medio legitimarios. En este caso no se puede invocar un derecho adquirido con base en la primera parte del artículo 20 de la misma ley 153.

Es interesante leer esto que dice la Corte en casación de diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, —GACETA JUDICIAL Tomo 52, páginas 661 y 662— refiriéndose a un caso muy semejante al actual: "Este estado civil determinado por el hecho incontrovertible de que Manuela del Castillo tuvo hijos con anterioridad al año de 1860, siendo soltera, lo que creó para éstos legalmente en su día la calidad jurídica de donde arrancan las pretensiones herenciales de demandantes y demandados en este juicio, subsiste como cuando nació, cuales quiera que sean las nuevas condiciones que legalmente se exijan para su validez y adquisición bajo un nuevo régimen jurídico. Así lo manda la regla consignada en el artículo 20 de la Ley 153 de 1887, conforme a la cual el estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida. Donde quiera que el código civil hable de hijos naturales —según lo ha dicho la Corte— debe entenderse que se trata no sólo de los que han adquirido ese estado por reconocimiento expreso y auténtico, de conformidad con el código y leyes posteriores, sino también de los que lo adquirieron de acuerdo con la legislación española o con las leyes particulares de algunos de los extinguidos Estados de la Unión Colombiana, aunque sus padres hayan muerto en vigencia de la nueva legislación sin hacer reconocimiento auténtico". (G. J. Tomo XXIV pág. 118).

Y es también muy interesante este otro caso: al subir el presente proceso al Tribunal, se ordenó correr traslado al señor Fiscal de la Corporación, quien en vista de cinco de marzo de 1945 dijo entre otras cosas, hablando "en representación del Municipio de Socotá":

"Para el suscrito fiscal la calidad de hijos naturales de los señores Calderón, nacidos del vientre de Pascuala Calderón, quedó automáticamente

te consagrada con la vigencia del artículo 7º de la Ley 95 de 1890. Hasta dicha fecha (la de la vigencia de la ley) tenían ellos la simple calidad de hijos ilegítimos por no haber sido reconocidos conforme a las normas de rigor en esa época. Pero la reforma ocurrió estando viva la madre, quien pudiendo valerse de ella para esquivar la consagración legal de los Calderón como hijos naturales suyos, guardó silencio y aceptó la nueva ley como norma de justicia para el estado civil de sus hijos. Lejos de rebelarse contra el nuevo estatuto, perseveró en la convivencia con sus hijos, con quienes observó la conducta de madre, privada y públicamente.

.....
 'Los Calderón, por virtud de la presunción del artículo 7º y por el hecho, se repite, de vivir la madre cuando entró en vigor esa norma, adquirieron la calidad de hijos naturales. Y este estado, una vez adquirido, constituye para ellos, por sí solo, una situación jurídica perfecta.

.....
 'Las anteriores observaciones sitúan el juicio del Ministerio Público en este debate en el plano de una revocación del fallo para dar paso a las justas pretensiones de los demandantes'.

El Tribunal no mencionó ésto en su exposición, ni hizo estudio de los temas tratados por el Fiscal, no obstante que la parte resolutive de su fallo rompe así: "Obrando la Sala de Decisión en desacuerdo con el señor Fiscal".

Lo relatado hasta aquí deja ver que debe prosperar el cargo que el recurrente ha formulado contra la sentencia del Tribunal, pues de acuerdo con normas legales enunciadas por aquél, especialmente el artículo 7º de la ley 95 de 1890, insistentemente invocado en la demanda de casación, los hijos de Pascuala Calderón tienen el carácter de naturales, lo cual desautoriza el concepto de que aquí se trata de una acción de filiación natural, estado éste que estaba definido por ministerio de la ley cuando la demanda en este juicio fue presentada por los actores, ahora recurrentes.

Se entra, pues, a dictar la sentencia de instancia, para lo cual han de aprovecharse los razonamientos principales ya expuestos.

SENTENCIA:

Es necesario definir aquí, como cuestión previa, cuál es la acción que se ha ejercitado en juicio.

Aunque la demanda deja qué desear en cuanto

a claridad y precisión en el uso de expresiones jurídicas, de ella resulta que la acción instaurada es la de petición de herencia, pues dicen los actores que tienen personería sustantiva para reclamar la herencia, y precisamente éste y no otro es el objetivo de la demanda: basta con saber que cuando se seguía el juicio mortuario de Baldomero Calderón, los mismos actores de hoy se presentaron dentro de ese juicio a reclamar la herencia, y que habiéndoseles negado su petición entablaron el juicio ordinario que se está estudiando. Esa herencia fue adjudicada al Municipio de Socotá, y por eso los actores lo demandan.

De esta suerte, es preciso concluir que la herencia y no otra cosa es el objetivo de la demanda, según ya se expresó.

De acuerdo con disposiciones civiles, para alcanzar éxito en la acción cuestionada, hay que probar que se tiene mejor derecho a la herencia que el que la ocupa en calidad de heredero (art. 1321 del C. C.). De donde resulta que previamente ha de haber un debate sobre herederos, es decir, una discusión sobre estado civil. No puede concebirse, pues, una acción sobre petición de herencia, sin que en la litis haya que abarcar una cuestión familiar. Y el Tribunal ha entendido que esa cuestión familiar se torna en una acción sobre filiación natural, como primaria, lo cual es un error.

Para llegar a los resultados que se enuncian, hay que tener en cuenta estos antecedentes, fuera de lo ya expresado: Sobre la herencia del causante Calderón se dictaron dos proveídos judiciales en los cuales se declaró como heredero al Municipio de Socotá, con el único argumento de que los descendientes de Pascuala Calderón no eran hijos naturales por no haber sido reconocidos, de acuerdo con el Código Civil del Estado Soberano de Boyacá, y esta barrera tenían o tienen que destruirla los actores para poder alcanzar éxito en su empeño de llegar a la herencia del que se tiene como tío de los cesionarios de derechos hereditarios. Lo entendieron así los actores, y por eso en los hechos de la demanda principian por denunciar la circunstancia de esos dos fallos, que ellos combaten por falta de cimentación jurídica, y en las peticiones de esa demanda solicitan primeramente la afirmación de unos parentescos, que de antemano ellos tienen como firmes por ministerio de la ley, por lo cual no se trata —y lo dicen— de un reconocimiento judicial de su estado civil, sino de una ratificación como medio de destruir la argumentación que sirvió de base

a los fallos judiciales de que se ha hablado, y acerca de los cuales piden también que se declare que éstos son ineficaces para desconocer el derecho de herencia que invocan.

En un juicio ordinario sobre petición de herencia el Juzgado del Circuito de Túquerres absolvió a los demandados, pero el Tribunal Superior de Pasto revocó la absolución y aceptó la petición de la demanda. Acudieron los demandados en casación, acusando la sentencia de haber violado varios textos legales porque la demanda versa primariamente sobre una cuestión de filiación natural, y los demandantes no tienen la acción correspondiente porque ella corresponde a la madre o a los pretensos hijos naturales, y muertos éstos, sus descendientes no pueden accionar en el caso cuestionado. Estudió el punto la Corte, y dijo: "El caso que hoy ocupa la atención de la Corte es bien distinto, porque la filiación natural de las personas de quienes descienden las dos partes litigantes y en cuya representación demandan, lo mismo que la del causante de la herencia en que quieren participar, se presenta como un estado civil legal, perfecta e irrevocablemente adquirido por ellos durante su vida. Esta filiación natural, fuente y fundamento de la vocación hereditaria que alegan ambas partes, ha llegado, pues, a este proceso jurídicamente preestablecida según las leyes de su época, de modo que la obligación del actor que la alega se reduce a establecerla probatoriamente en autos. En estas condiciones, no estando planteado el pleito en forma que el título de heredero con que se demanda dependa de declaración judicial sobre filiación natural de nadie, no sería procedente dar aplicación a las normas legales y de doctrina que corresponde a las acciones propiamente de estado relativas a la filiación natural, a que hace alusión el recurrente". (G. J. Tomo LII pág. 661). Y es éste el caso a estudio.

Según se ha dicho ya, los actores sabían que los hijos de Pascuala Calderón tenían la calidad de naturales, y pedían una declaración sobre esto nada más que para reafirmar esa filiación natural como manera de rebatir el concepto del Juzgado y del Tribunal en la sucesión de Baldomero Calderón, concepto que ellos consideraban erróneo y que valió para que se hubiera asignado al Municipio de Socotá la herencia de aquél.

Si pues se trata de una acción de petición de herencia, y no de una de filiación natural, que no cabe dentro de un estado de naturalidad definido mucho antes del planteamiento de la ac-

ción; y si Baldomero, Félix y Primitiva Calderón son hijos naturales de Pascuala Calderón, como ya se ha estudiado, la demanda, basada precisamente en estos dos puntos, debe prosperar.

De las pruebas del expediente resulta:

Que Pascuala Calderón, siendo soltera, tuvo tres hijos llamados Primitiva, Baldomero y Félix Calderón; que Pascuala Calderón murió en 1900; que Baldomero Calderón murió en 1941; que de éste se siguió juicio mortuario y en él se declaró como heredero único al Municipio de Socotá; y que un hijo natural de Primitiva Calderón (Rosendo, letra e), y unos hijos legítimos de Félix Calderón (Rebeca, Antonio y Rita, letra f), pidieron que se les declarara interesados en esa sucesión, a lo cual no se accedió.

De todo esto que se acepta en la demanda de casación, hay prueba completa en los autos; y sobre nacimiento y parentescos en general no hay de la parte demandada otra objeción sino la ya examinada acerca de que los hijos de Pascuala no tienen el carácter de naturales.

Si, pues, los hijos de Pascuala sí tienen la calidad de hijos naturales suyos, es preciso acceder a lo que se solicita en la primera súplica de la demanda, ya que las pruebas del expediente sobre el nacimiento de esos hijos y sobre las condiciones de su madre son completas. Esa súplica, como se ha dicho, versa sobre que Baldomero, Félix y Primitiva Calderón eran hijos naturales de Pascuala Calderón al momento de su muerte.

La segunda súplica versa sobre que estos tres sujetos son hermanos naturales entre sí por descender de una misma madre, lo cual es consecuencia de lo anterior y está probado en los autos. Hay razón legal, entonces, en lo que se pide en este punto.

Que los hijos de Félix Calderón, hermano de Baldomero, como sobrinos de éste, tienen interés en la sucesión de su tío, por derecho de representación, y excluyen de esa sucesión al Municipio de Socotá.

Sobre esta súplica se expresa: está probado que Baldomero Calderón no tenía al morir ni ascendientes ni descendientes, y que su hermano Félix había muerto, dejando tres hijos legítimos, sobrinos de Baldomero. En estas condiciones, como los hermanos son llamados a la sucesión intestada, y los hijos legítimos de éstos heredan por derecho de representación (Ley 153 de 1887 art. 85. art. 1043 C. C.), la solicitud de que se trata tiene fundamento legal.

En la anterior solicitud se engloba también a

Rosendo Calderón, hijo natural de Primitiva Calderón. Pero a favor de éste no se puede hacer la declaración solicitada, porque en armonía con el artículo 1043 citado arriba, el derecho de representación no existe para el hijo natural de un hermano del causante. El artículo 22 de la Ley 45 de 1936 expresó que muerto un hijo natural, sin descendientes ni ascendientes, lo heredan sus hermanos, legítimos o naturales; pero con respecto al derecho de representación, quedó en pie lo expresado en el Código, en su artículo 1043, no modificado por aquella ley sobre filiación natural, conforme al cual no hay lugar a representación sino en los casos de descendencia legítima.

Otra súplica: que los actores, como cesionarios de los derechos hereditarios de los sobrinos de Baldomero Calderón, ya citados, tienen derecho a reclamar la herencia de éste, y tienen personería sustantiva para solicitarla.

En los autos existe la prueba de esa cesión, hecha por escritura pública, cesión no objetada por los demandados, la cual les da derecho, ocupando el puesto de los cedentes al tenor del artículo 1377 del C. Civil, para demandar esa herencia. Lo que quiere decir que es fundada esta súplica, en lo que se refiere a los hijos legítimos de Félix Calderón.

Por último, se pide declaración acerca de que los proveídos dictados en el juicio de sucesión de Baldomero Calderón, por los cuales se declaró al Municipio de Socotá como único heredero de Baldomero Calderón, no fundan la excepción de cosa juzgada, y por tanto no perjudican ni a los cedentes ni a los cesionarios. Declaración vacua, al tenor de lo dispuesto, entre otros, en los artículos 473 del C. Judicial y 1321 y siguientes del C. Civil. Mas no hay obstáculo legal para hacer esta declaración.

Sobre estas cosas ha dicho la Corte: "En un juicio ordinario de petición de herencia no debe apreciarse, como prueba de parentesco que debe establecerse, la sentencia dictada en un juicio sumario de declaración de herederos; la cual, aunque ejecutoriada, no funda la excepción de cosa juzgada. Con tanto mayor razón si se tiene en cuenta que en el juicio sobre petición de herencia lo que se disputa es el título que a heredar se tenga, háyase o no declarado la existencia de ese título en el demandado. El juicio ordinario en que intenta la acción de petición de herencia con exclusión del que ya tiene sentencia obtenida sumariamente, va encaminado directamente a invalidar esa sentencia. De manera que si fuera

plena prueba, se incurriría en petición de principio". (G. J. Tomo XXXIX, 134).

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 del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de fecha veintiocho de enero de mil novecientos cuarenta y siete, revoca la de primera instancia dictada por el señor Juez del Circuito de Soacha el día veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, y

DECIDE:

1º—Baldomero Calderón, Félix Calderón y Primitiva Calderón son hijos naturales de Pascuala Calderón, y tenían este carácter cuando murieron; y como consecuencia, los mencionados individuos son entre sí hermanos naturales por descender de una misma madre.

2º—Rebeca Calderón, Rita Calderón y Antonio Calderón, hijos legítimos de Félix Calderón, hermano natural de Baldomero Calderón, son herederos, por derecho de representación de su padre, en la sucesión de Baldomero Calderón, y excluyen al Municipio de Socotá declarado heredero.

3º—Santos Mariño, como cesionario de los derechos herenciales de Rita Calderón, y Pedro Mejía y Campo Elías Mejía, como cesionarios de Rebeca y Antonio Calderón, tienen derecho de reclamar la herencia de Baldomero Calderón.

4º—Los fallos de veintiseis de agosto de mil novecientos cuarenta y dos proferidos por el Juzgado del Circuito de Socha y de diez y nueve de noviembre del mismo año, por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por los cuales, entre otras declaraciones, se hizo la de que el Municipio de Socotá, es heredero de Baldomero Calderón, no fundan excepción de cosa juzgada, ni perjudican, por tanto, a los compradores y vendedores de los derechos hereditarios en la sucesión mencionada.

5º—No se accede a hacer la declaración solicitada en la letra d) de la parte petitoria de la demanda.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda.—Hernando Lizarralde, Secretario.

EN CONTRA DEL ARRENDATARIO PESA UNA PRESUNSION DE CULPABILIDAD POR PERDIDA DE LA COSA ARRENDADA. — PARA EXONERARSE DE RESPONSABILIDAD, LE BASTA, SIN EMBARGO, PROBAR LA AUSENCIA DE CULPA DE SU PARTE. — EN QUE CONSISTE ESTA PRUEBA. — SALVO EXPRESA ESTIPULACION EN CONTRARIO, HECHA EN EL CONTRATO, EL ACREEDOR NO PUEDE PEDIR A UN TIEMPO EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL Y LA PENA, NI PEDIR A LA VEZ LA PENA Y LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — EL ARTICULO 2003 DEL CODIGO CIVIL ESTABLECE UNA CLARA DISTINCION ENTRE LA INDEMNIZACION POR EL INCUMPLIMIENTO Y EL PAGO DE LA RENTA O PRECIO POR EL TIEMPO QUE FALTA

1.—De acuerdo con el artículo 2005 del C. C., especial para el contrato de arrendamiento, pesa sobre el arrendatario la presunción de culpabilidad. Le toca a él destruir esa presunción, probando que la pérdida no sobrevino por su culpa, ni por la de sus huéspedes o dependientes, es decir, acreditar que empleó la diligencia o cuidado ordinario o mediano en la conservación de la cosa, pues esa clase de diligencia, que es la opuesta al descuido ligero y que corresponde a un buen padre de familia (artículos 63, incisos 3º y 4º, C. C.), es la que, según el artículo 1997 *ibidem*, debe emplear el arrendatario.

Estos principios son la aplicación de los generales que sienta el Código en materia de culpa contractual, a saber: que el deudor no es responsable sino de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, como el arrendamiento, y que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (artículo 1604); que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa y, además, la de conservarla hasta la entrega, si aquélla versa sobre cuerpo cierto, y que la de conservar exige emplear en su custodia el debido cuidado (artículos 1605 y 1606); que siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya (artículo 1730), y que la extinción de las obligaciones incumbe probarla al que la alega (artículo 1757).

De manera que cuando está probada plenamente no sólo la obligación contractual del arrendatario, sino también su inexecución (pérdida del cuerpo cierto que estaba en su poder por razón del contrato), sobre

él pesa, a virtud de plurales principios, la presunción legal de ser responsable de la destrucción de la cosa; y el arrendador, a quien correspondía probar aquellas premisas (obligación y pérdida), queda entonces, si las acredita, exonerado de probar la culpa que es fuente de la responsabilidad de su deudor.

La regla general de que al deudor que no ha ejecutado o cumplido su obligación no le basta probar, para librarse de responsabilidad, que fue diligente y cuidadoso, sino también el hecho que imposibilitó el cumplimiento (artículo 1604), sobrevenido sin su culpa y sin hallarse en mora, “se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes”. Y una parcial excepción consagra el artículo 2005, en su inciso final, que atenuando el rigor de aquel principio —en atención sin duda a que al arrendatario lo afecta directamente todo daño o pérdida de la cosa de que está gozando— exonera de responsabilidad al arrendatario con sólo probar su ausencia de culpa, es decir, que empleó la diligencia o cuidado que la ley le exigía en la conservación de la cosa para prevenir la pérdida o el daño. Pues no siendo normal que nadie quiera perjudicarse a sí mismo, se apartaría de la humana condición quien, extremando el principio, exigiera la prueba del caso fortuito o de la causa extraña como el único medio para eximirse el arrendatario de la responsabilidad que apareja el incumplimiento de la obligación de restituir la integridad de la cosa arrendada, cuando se hace imposible determinar la verdadera causa del siniestro,

sin la cual no es posible demostrar que la pérdida del cuerpo cierto debióse a un hecho imprevisto a que no pudo resistir.

2.—La Corte ha dicho: “Cuando se trata de la ausencia de culpa, es necesario no olvidar que la causa del hecho perjudicial permanece desconocida, porque, cuando es conocida, no se prueba la ausencia de culpa, se prueba el hecho preciso, generador del daño, que excluye la culpa. Si la causa es imposible de descubrir, todo lo que se puede hacer es mostrar que, cualquiera que sea la causa, no podría consistir ella en una culpa del individuo cuya responsabilidad está en juego. Por lo cual él demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de costumbre, son cometidas en semejante ocasión; o más bien indicará las precauciones que ha tomado, lo que dará a la prueba su aspecto positivo”.

“Lo que hay de cierto es que sobre el terreno de la técnica y de la terminología jurídica, la AUSENCIA DE CULPA ha adquirido un sentido preciso, por oposición al CASO FORTUITO y a la FUERZA MAYOR. Cuando el legislador concede a la ausencia de culpa efecto liberatorio, se contenta con exigir de parte del deudor una conducta normal frente a las circunstancias; cuando, al contrario, exige el caso fortuito o la fuerza mayor, requiere la prueba de un suceso preciso y determinado independiente de toda culpa del deudor y que ha provocado la imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación”.

La prueba de la ausencia de culpa consiste en eliminar, sucesiva y completamente, de la conducta de un individuo, si no todas las culpas humanamente posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido, por su naturaleza, determinantes del hecho perjudicial determinado, y entre esos hechos o circunstancias que el deudor debe destruir para acreditar su inculpabilidad, estarán aquellos que en la demanda se le imputen como descuidos o negligencias suyos o de las personas por quienes responde.

3.—Cuando el cuerpo cierto parece por culpa del deudor, la obligación de éste subsiste, pero varía de objeto: el deudor es obligado entonces al precio de la cosa y a in-

demnizar al acreedor (artículo 1731 C. C.).

4.—El acreedor no puede pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio: “a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal” (artículo 1594 C. C.), ni puede pedir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente (artículo 1600 ibidem). La pena —ha dicho la Corte— es la estimación anticipada del perjuicio que se causa a la otra parte por el incumplimiento de lo pactado o por el mero retardo. (G. J., T. LXI, 767).

5.—El artículo 2003 del C. C. establece, como es lógico, una clara distinción entre la indemnización por el incumplimiento y el pago de la renta o precio por el tiempo que falta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril cuatro de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Por la escritura 503 de 23 de agosto de 1945, de la Notaría de Roldanillo, Rosario Zafra de Ramírez, por, sí y en representación de sus hijos menores de edad, dio en arrendamiento a Jaime Gil, por tres años y por el precio de trescientos pesos mensuales, pagaderos por meses anticipados, el potrero denominado La Quinta, de propiedad de dicha señora, y la finca de La Alhajuela, inclusive la casa de habitación de dicha finca, perteneciente a sus hijos, situados ambos predios en el municipio expresado.

Podía el arrendatario destinar los potreros a la ganadería o cultivarlos de maíz, siempre que al vencimiento del contrato “los entregue perfectamente cultivados de pasto pará, en completo estado de limpieza y listos para recibir ganado”, con prohibición de destruir los árboles frutales y los viñedos existentes.

Reservóse la arrendadora una pieza de la casa para guardar sus muebles, y estipulóse también que “en caso de desistimiento por causa de alguno de los contratantes, el que diere lugar a la disolución (sic) del contrato pagará al otro con-

tratante como indemnización y por vía de multa la cantidad de dos mil pesos (\$ 2.000.00).

En una noche del mes de enero de 1947, por un descuido de Ana Rosa Corrales, doméstica al servicio del arrendatario, la casa mencionada fue totalmente destruida por un incendio, lo mismo que el viñedo y todos los muebles y enseres que la señora Zafra tenía en la pieza que habíase reservado.

El arrendatario ha venido pagando tardíamente los cánones del arrendamiento; a pesar de estarle prohibido, cortó las palmichas que había en la finca y las hizo llevar a una de las piezas de la casa, y, como culpable de grave deterioro de las cosas objeto del contrato, ha dado lugar a la terminación de éste, incurriendo en la multa o cláusula penal estipulada.

En estos hechos principales fundóse la demanda que en mayo de 1947 instauró la arrendadora Zafra de Ramírez contra el arrendatario Gil, en la cual pidió las siguientes declaraciones, que se compendian: 1ª Que por grave deterioro de que es culpable el demandado, ha expirado el contrato de arrendamiento referido. 2ª Que, en consecuencia, el demandado está obligado a restituírle los dos predios, en el mismo estado en que le fueron entregados y con la casa de habitación mencionada o su valor, justipreciado por peritos, y el viñedo. 3ª Que la entrega debe hacerse en las condiciones estipuladas, es decir, los dos potreros perfectamente cultivados de pará y en completo estado de limpieza y listos para recibir ganados. 4ª Que el demandado está en la obligación de indemnizarle los perjuicios que le ha causado con el incumplimiento del contrato y con los daños sufridos por la cosa materia del arrendamiento. 5ª Que igualmente está obligado al pago de la renta por el tiempo que falte, hasta el día en que desahuciendo hubiera podido hacer cesar el arriendo, o en que éste hubiera terminado sin desahucio. 6ª Que el demandado debe pagarle los dos mil pesos estipulados como cláusula penal, por haber dado lugar a la terminación del contrato.

Negó el demandado la mayor parte de los hechos, aunque aceptando la realidad del contrato y del incendio que destruyó la casa, pero sin responsabilidad en éste, y se opuso, en consecuencia, a las pretensiones de la actora.

El Juez Civil del Circuito de Cartago, en sentencia de 4 de febrero de 1948, absolvió a Gil de todos los cargos, sin costas, y apelado ese fallo por la demandante, fue confirmado por el del Tribunal Superior de Buga de fecha primero de ju-

nio del mismo año, el cual revisa la Corte a virtud del recurso de casación que a aquélla le fue otorgado.

Sentencia recurrida.—En esta parte el Tribunal da la base incuestionable de que la casa de La Alhajuela, con todos los muebles que en ella había, incendióse totalmente en la noche del 12 de enero de 1947, y que allí se encontraba Ana Rosa Corrales, quien desempeñaba funciones de sirvienta a órdenes de Gil, “pero nada en concreto resulta evidenciado en cuanto a las causas inmediatas o inmediatas del incendio, ni en cuanto a la culpa o descuido que en éste tuviera dicha sirvienta”, conclusión que el sentenciador deduce del análisis de los testimonios producidos por la demandante y por el demandado.

De los primeros, según él, ninguno de los testigos se dio cuenta de las causas del siniestro, pues ellos llegaron cuando ya se había iniciado el fuego, atraídos por las voces de alarma, y todos se limitan a hacer eco de la conjetura del vecindario de que el incendio debióse a descuido de la criada, pero sin precisar los hechos que sirvieran para fundar tal sospecha, pues sólo los testigos Marcos Mazuera y María Jesús Rojas de Mazuera afirman haber visto, a distancia, que la Corrales andaba por los corredores de la casa con una vela encendida, momentos antes de presentarse el incendio, “coincidencia que no es suficiente por sí sola para responsabilizar a la Corrales como causante del incendio, máxime cuando los testigos no concretan el espacio de tiempo transcurrido entre los dos hechos, limitándose a la vaga calificación de “momentos antes” y “momentos después”.

Y anota el Tribunal que los testigos del demandado (Guillermo Pizarro y Miguel A. Montoya), quienes habitaban en la casa aquella noche, afirman que el incendio se debió a causas extrañas indeterminables y no a descuido alguno de Ana Rosa, ya que ésta se retiró a dormir después de haber apagado el fogón de la cocina y la vela que le servía para alumbrarse, sin dejar nada que amenazara peligro, y sólo bastante rato después de haberse acostado todos se presentó el incendio en la casa.

Concluye el Tribunal: “No pudiéndose pues calificar el incendio de la casa de La Alhajuela como proveniente de culpa, descuido o negligencia de la doméstica o dependiente del arrendatario, desaparece uno de los fundamentos de la acción, y sobra entrar en consideraciones sobre la responsabilidad indirecta que le correspondiera

al demandado por el daño así causado, y cuanto a los efectos de esa responsabilidad frente al contrato mismo de arrendamiento”.

La Casación.—El recurrente ataca la sentencia por el primer motivo de casación, considerando violadas las siguientes disposiciones sustantivas:

A) El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que define la fuerza mayor o caso fortuito en cuanto el Tribunal “hizo producir efectos liberatorios de caso fortuito al incendio de la casa de La Alhajueta sin que sea tal...”, aplicando así indebidamente dicho texto.

B) El inciso 2º del artículo 1604 del C. C., que aplicó indebidamente, desde luego que el incendio, cuyas causas permanecieron totalmente desconocidas, no fue un caso fortuito, a pesar de lo cual la sentencia declara la irresponsabilidad civil del arrendatario por esa causa.

C) El artículo 1729 del C. C., que consagra la norma general de la liberación del deudor por la destrucción del cuerpo cierto que debe, “salvas empero las excepciones de los artículos subsiguientes”, disposición que también fue indebidamente aplicada, pues se dio al incendio efectos extintivos de la obligación de restituir la cosa al arrendador, sin tener en cuenta la presunción de culpa que el artículo 1730 establece contra el deudor en cuyo poder perece la cosa, norma que fue violada por infracción directa, en cuanto no fue aplicada.

D) El artículo 1607 del C. C., aplicado implícitamente al absolver al demandado por razón del incendio, sin tener en cuenta que su aplicación es indebida “porque el riesgo que debe soportar el acreedor es el que no ha sido producido por hecho o culpa del deudor”, como resulta de todas las normas legales que el Tribunal dejó de aplicar, las cuales presumen la culpa del arrendatario en la destrucción o deterioro de la cosa arrendada, mientras no pruebe lo contrario, prueba que no se produjo.

E) El artículo 1997 del C. C., violado directamente, “porque ordenando este precepto que el arrendatario debe emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia, y que faltando a esta obligación responderá de los perjuicios, y aún tendrá derecho el arrendador para poner fin al arrendamiento en el caso de un grave y culpable deterioro, el Tribunal no obedeció tal mandato absteniéndose de decretar lo pedido en la demanda”.

El arrendatario no ha probado —agrega el re-

corrente— que el incendio se produjera por hecho extraño a él y a sus dependientes, de suerte que queda en pie la presunción de su culpabilidad en la destrucción de la casa, sin que sea suficiente a probar su ausencia de culpa lo que dicen los testigos Guillermo Pizarro y Miguel A. Montoya, como lo sostiene el Tribunal:

1º Porque tales testimonios están en contradicción con los de Francisca A. Mazuera y María del Carmen Rojas, en cuanto al hecho de que en una de las piezas ardía una cantidad de paja suelta, y lo están también con los de Marcos Mazuera y María Jesús Rojas de Mazuera, en lo relativo al hecho de que momentos antes del incendio Ana Rosa Corrales andaba por los corredores de la casa con una vela encendida.

2º Porque en presencia de tales contradicciones es de aplicación estricta la regla del artículo 702 del C. J. y debe, por tanto, darse más crédito a los testigos del demandante “toda vez que los del demandado dicen tener relaciones de **contratistas**, o en último caso, debe prescindirse de todos los testimonios de una y otra parte respecto de los hechos en referencia”.

3º Porque habiendo dado el Tribunal más “crédito a lo aseverado por los testigos del demandado, incurrió en **error de derecho** en la apreciación de dicha prueba, por infracción de la norma legal probatoria que se deja citada. Y si fue que no vio esa contradicción, que es notoria, incurrió en **error de hecho** en la apreciación de la misma prueba”, errores que llevaron al Tribunal “a la infracción directa de la norma legal sustantiva que he citado y de las que en seguida citaré”.

4º “Porque de conformidad con lo que expuse en el primer capítulo, la presunción de culpa en el caso del incendio no se destruye sino mediante la prueba de que el incendio se produjo por hecho extraño al deudor y a sus dependientes, imprevisto e irresistible. No basta, por tanto, que el deudor pruebe haber tomado ésta o la otra precaución contra incendio, si no se conocen sus causas, y, por tanto, no se sabe a ciencia cierta que en esas causas hubo ausencia de culpa o de dolo por parte del deudor. El solo hecho de haber apagado la hornilla o estufa de la casa antes de acostarse la sirvienta, no es suficiente a probar la ausencia de culpa del deudor en el incendio acaecido aquella noche. Y los testigos no dicen concretamente qué otras precauciones se tomaron por el arrendatario o sus dependientes para evitar el incendio. El solo decir que la sirvienta era cuidadosa no es prueba suficiente de la ausencia

le culpa del arrendatario en el advenimiento del incendio que destruyó la casa arrendada”.

f) El inciso 3º del artículo 1604 del C. C., violado directamente, porque, según dicho texto, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, a pesar de lo cual el Tribunal, en la parte motiva, consideró que el demandante (acreedor) no probó la culpa del demandado (deudor), “decidiendo la litis de conformidad con ese concepto, como si aquél tuviera que probar la culpa de éste”.

g) Los artículos 1605 y 1606 del C. C., “que imponen al deudor de cuerpo cierto la obligación de conservarlo hasta la entrega, empleando en su custodia el debido cuidado, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”, mandato que desobedeció el Tribunal “absteniéndose... de hacer en su fallo las declaraciones pedidas en la demanda, sin que para ello concurran las circunstancias que excluyen la responsabilidad del deudor, según lo demostrado”.

h) Los artículos 1730, inciso 1º del 1731, 1733 y 1738 del C. C., que tratan de la pérdida del cuerpo cierto que se debe, mandatos que desobedeció el sentenciador por no haberlos aplicado “como ha debido hacerlo accediendo a las súplicas de la demanda...”, y que fueron violados por infracción directa.

i) El artículo 2005 del C. C., “que impone al arrendatario la obligación de restituir la cosa al fin del arrendamiento, en el estado en que le fue entregada, estableciendo además que “en cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable”.

“Esa desobediencia del Tribunal, que entraña violación de aquellos preceptos legales por infracción directa, consistió en no haberlos aplicado en el fallo decretando lo pedido en la demanda, siendo así que eran y siguen siendo de estricta aplicación por todo cuanto se deja dicho a lo largo de este escrito, y que se reproduce aquí como aporte de este último cargo”.

Considera la Corte:

Ni en la contestación de la demanda, ni en su legato de instancia, ni en la oposición al recurso de casación ha situado el demandado su defensa en el terreno del caso fortuito sino en la ausencia

de culpa. Y otro tanto se observa en la sentencia recurrida, en la cual no se da al incendio aquella denominación, ni se menciona siquiera como hecho de tal naturaleza. Reconoce el Tribunal, lo mismo que el opositor, que “nada en concreto resulta evidenciado en cuanto a las causas mediatas o inmediatas del incendio...”, lo cual demuestra, por consiguiente, que ni el demandado ha alegado caso fortuito que lo exonere de responsabilidad, ni el sentenciador ha fundado en ello la absolución.

Se descarta pues la acusación en cuanto a violaciones de ley sustantiva, por reconocimiento de caso fortuito, se refiere.

No se discute que la casa de La Alhajuela estaba comprendida en el arrendamiento, ni que el incendio ocurrió y fue la causa de la destrucción completa de aquélla. La demandante imputa el incendio a descuido de la criada Ana Rosa Corrales, quien estaba al servicio del demandado, y, por tanto, responsabiliza a éste de la pérdida del inmueble (artículo 2005 del C. C.). El demandado contesta que no tuvo culpa directa ni indirecta en el siniestro.

De acuerdo con dicha norma legal, especial para el contrato de arrendamiento, pesa sobre el arrendatario la presunción de culpabilidad. Le toca a él destruir esa presunción, probando que la pérdida no sobrevino por su culpa, ni por la de sus huéspedes o dependientes, es decir, acreditar que empleó la diligencia o cuidado ordinario o mediano en la conservación de la cosa, pues esa clase de diligencia, que es la opuesta al descuido ligero y que corresponde a un buen padre de familia (artículos 63, incisos 3º y 4º, C. C.), es la que, según el artículo 1997 ibidem, debe emplear el arrendatario.

Estos principios son la aplicación de los generales que sienta el Código en materia de culpa contractual, a saber: que el deudor no es responsable sino de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, como el arrendamiento, y que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (artículo 1604); que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa y, además, la de conservarla hasta la entrega, si aquélla versa sobre cuerpo cierto, y que la de conservar exige emplear en su custodia el debido cuidado (artículos 1605 y 1606); que siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya (artículo 1730); que en la culpa del deudor se comprende la de las per-

sonas por quienes fuere responsable (artículo 1738), y que la extinción de las obligaciones incumba probarla al que la alega (artículo 1757).

De manera que cuando —como en el caso actual— está probada plenamente no sólo la obligación contractual del arrendatario sino también su inexecución (pérdida del cuerpo cierto que estaba en su poder por razón del contrato), sobre él pesa, a virtud de plurales principios, la presunción legal de ser responsable de la destrucción de la cosa; y el arrendador, a quien correspondía probar aquellas premisas (obligación y pérdida), queda entonces, si las acredita, exonerado de probar la culpa que es fuente de la responsabilidad de su deudor.

La regla general de que al deudor que no ha ejecutado o cumplido su obligación no le basta probar, para librarse de responsabilidad, que fue diligente y cuidadoso, sino también el hecho que imposibilitó el cumplimiento (artículo 1604), sobrevenido sin su culpa y sin hallarse en mora, “se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes”. Y una parcial excepción consagra el artículo 2005, en su inciso final, que, atenuando el rigor de aquel principio —en atención sin duda a que al arrendatario lo afecta directamente todo daño o pérdida de la cosa de que está gozando— exonera de responsabilidad al arrendatario con sólo probar su ausencia de culpa, es decir, que empleó la diligencia o cuidado que la ley le exigía en la conservación de la cosa para prevenir la pérdida o el daño. Pues no siendo normal que nadie quiera perjudicarse a sí mismo, se apartaría de la humana condición quien, extremando el principio, exigiera la prueba del caso fortuito o de la causa extraña como el único medio para eximirse el arrendatario de la responsabilidad que apareja el incumplimiento de la obligación de restituir la integridad de la cosa arrendada, cuando —en casos como el presente— se hace imposible determinar la verdadera causa del siniestro, sin la cual no es posible demostrar que la pérdida del cuerpo cierto debióse a un hecho imprevisto a que no pudo resistir.

“Cuando se trata de la ausencia de culpa —ha dicho la Corte— es necesario no olvidar que la causa (del hecho perjudicial) permanece desconocida, porque, cuando es conocida, no se prueba la ausencia de culpa, se prueba el hecho preciso, generador del daño, que excluye la culpa. Si la causa es imposible de descubrir, todo lo que se puede hacer es mostrar que, cualquiera que sea

la causa, no podría consistir ella en una culpa de individuo cuya responsabilidad está en juego. Por lo cual él demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de costumbre, son cometidas en semejante ocasión; o más bien indicar las precauciones que ha tomado, lo que dará a la prueba su aspecto positivo...”.

“Lo que hay de cierto es que sobre el terreno de la técnica y de la terminología jurídica, la ausencia de culpa ha adquirido un sentido preciso por oposición al caso fortuito y a la fuerza mayor. Cuando el legislador concede a la ausencia de culpa efectos liberatorios, se contenta con exigir de parte del deudor una conducta normal frente a las circunstancias; cuando, al contrario, exige el caso fortuito o la fuerza mayor, requiere la prueba de un suceso preciso y determinado independientemente de toda culpa del deudor que ha provocado la imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación”.

En esta doctrina, ampliamente expuesta en la sentencia de 30 de noviembre de 1935 y también en la de 23 de abril de 1941 (G. J. números 190 1906, página 175, y 1971, 1972, página 458), y aplicada a la culpabilidad del arrendatario por pérdida de cuerpo cierto originada por incendio de causa desconocida, llegó la Corte a estas conclusiones: que hay diferencia entre la prueba del caso fortuito o de la causa extraña y la de no haber incurrido el deudor en culpa, por haber empleado la diligencia que le correspondía; que cuando esta última es prueba suficiente de liberación, no es necesario que el deudor pruebe causa desconocida del incendio; que el artículo 2005 del C. C. no exige la prueba del caso fortuito sino simplemente la de la ausencia de culpa que implica sólo una negación definida: no haber incurrido el arrendatario en ninguna de las culpas que, en situación semejante, hubiera podido cometer cualquier persona normal, dadas las circunstancias en que acaeció el siniestro.

No era pues indispensable, como lo pretende recurrente, que el demandado en este juicio, para salvar su responsabilidad, probara que el incendio que destruyó la casa fue una fuerza mayor o caso fortuito. Le bastaba probar que la pérdida no sobrevino por su culpa, directa o indirecta, lo que es lo mismo, pero en forma positiva, que él empleó en la conservación de aquella la diligencia y cuidado que la ley exige del arrendatario.

Pero ocurre que el Tribunal, en la sentencia recurrida, partió de la base errada de que a

tor a le correspondía probar la culpa del demandado, debido quizás a que en uno de los hechos de la demanda se habla del descuido de la sirvienta como causa determinante del incendio, y al encontrando probada dicha culpa absolvió de todos los cargos, olvidando que incumbe probar la extinción de las obligaciones al que la alega (artículo 1757 C. C.); que la prueba de la diligencia o cuidado corresponde al que ha debido emplearlo (inciso 3º del artículo 1604 ibidem), y que el arrendatario le toca probar que los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y que a falta de esta prueba será responsable (artículo 1005 del mismo Código), disposiciones sustantivas que, por tanto, fueron violadas por falta de aplicación, con lo cual prospera, por este aspecto, la acusación del recurrente, que determina la casación del fallo y el que la Sala, con jurisdicción de instancia, entre a dictar el que deba reemplazar. Pues, se repite, que el Tribunal absolvió por haberse acreditado la ausencia de culpa sino por no haber probado la actora la culpa del arrendatario, prueba ésta que, como ya se dijo, no era de su cargo.

¿Está probada en este pleito la ausencia de culpa? Consiste esa prueba, según la citada jurisprudencia de la Corte, "en eliminar, sucesiva y completamente, de la conducta de un individuo, no todas las culpas humanamente posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido por su naturaleza determinantes del hecho perjudicial determinado".

A esta que podría llamarse "regla de la Corte sobre la prueba de la ausencia de culpa", puede agregarse el complemento de que entre los hechos y circunstancias que el deudor debe destruir para acreditar su inculpabilidad estarán aquellos que en la demanda se le imputen como descuidos o negligencias suyos o de las personas por quienes responde.

Para descargarse de la imputación de culpabilidad en el incendio, el demandado produjo los testimonios de Guillermo Pizarro y Miguel A. Montoya, quienes estaban a su servicio como conpatistas y habitaban en la casa, en la cual dormían la noche del siniestro. Ellos declaran: 1º Que la Corrales se acostó como de costumbre, después de haber apagado la candela del fogón de la cocina y la vela que empleaba para alumbrarse, sin que quedara nada que amenazara peligro

alguno en tal sentido. 2º Que el incendio se debió a causas extrañas que hasta ahora no han podido determinarse, pero en ningún caso a descuido de la sirvienta. 3º Que la Corrales era muy cuidadosa y se preocupaba mucho por cumplir las recomendaciones que Gil le daba constantemente para evitar incendios u otro acontecimiento perjudicial para los bienes de la arrendadora. 4º Que tales recomendaciones también las hacía Gil constantemente a los declarantes. 5º Que el incendio ocurrió bastante rato después de haberse acostado todos los que en la casa se encontraban, inclusive la Corrales, pues se acostaron como a las ocho de la noche y el incendio fue como a las diez (Montoya no indica horas). 6º (al ser contrainterrogados). Que no es cierto que el incendio comenzara por la pieza que dicen tenía paja, pues aunque por unos días hubo paja en una pieza, se había sacado hacía algunos días para arreglar la casa de abajo, en la misma finca. (Montoya no agrega la destinación de la paja).

Esto es todo. Y lo primero que ocurre observar, al analizar tales testimonios, es que lo declarado se ciñe a la letra del interrogatorio, tan estrictamente que no aumenta ni quita palabra, y que, al menos sobre ciertos hechos, como apagar el fogón y la vela la sirvienta, los testigos no dan la razón de sus afirmaciones, necesarias desde luego que de estar ellos en la casa no se deduce que los presenciaran.

Que la sirvienta se acostara, lo mismo que los declarantes, como a las ocho de la noche, no se opone a que se hubiera vuelto a levantar. Los testigos Marcos Mazuera y María Jesús Rojas de Mazuera, quienes residían enfrente de la casa incendiada y quienes declaran que el incendio ocurrió "por allí entre las nueve y diez de la noche" (fs. 30 y 39 C. 2º), afirman haber visto a dicha criada, "momentos antes de suscitarse el incendio", andando por los corredores con una vela encendida ("como buscando algo o cerrando puertas", explica María Jesús, y Marcos agrega: "lo cual me extrañó, porque yo me daba cuenta como vecino, de que en esa casa se acostaban temprano y yo la ví andando con la vela, entre las nueve y diez de esa noche. Pocos momentos después de verla, me refiero a dicha sirvienta andando con la vela, yo me entré a mi casa con el fin de dormir y muy pocos momentos después de entrarme, me sorprendieron unos gritos de mis familiares en que decían: "incendio en la casa de Rosarito..."). María Jesús agrega también: "Momentos después de haber visto a la Corrales con la

vela encendida, observamos (la testigo estaba con su hia Elvia), que de una de las piezas cercanas a la cocina salía una gran llamarada e inmediatamente gritamos incendio”.

En cuanto a que la paja suelta que había en una de las piezas hubiera sido sacada días antes del siniestro, el hecho está contradicho por Francisca A. Mazuera y María del Carmen Rojas (fs. 37 y 38, C. 2º), quienes, cuando acudieron a la casa amenazada por el fuego, vieron “que el incendio estaba localizado en una pieza que quedaba en el segundo patio... y cerca de la cocina y pude constatar igualmente que dentro de ese cuarto ardía inmensamente una gran cantidad de paja suelta que había allí” (esto dice Francisca, y María del Carmen afirma sustancialmente eso mismo).

Como mes y medio hacía, cuando ocurrió el incendio, que el demandado no iba a la casa de La Alhajuela, según lo declara al absolver la posición 15ª de la diligencia que obra a folios 17 a 21 del cuaderno 2º, y por eso dice ignorar el hecho de que allí había un depósito de hojas de palmita.

Por último, no puede pasarse por alto la circunstancia de que el testigo Pizarro dice en su declaración: “Es verdad que como contratista que soy del señor Jaime Gil”, etc., pues aunque un contratista pueda no estar comprendido en el ordinal 2º del artículo 669 del C. J., lleva al menos esa circunstancia a tomar con reservas el testimonio, especialmente cuando ciertas afirmaciones del declarante resultan contradichas, como sucede en este caso.

De este análisis de los testimonios producidos por el demandado, que ni siquiera puede calificarse de riguroso, aunque el rigor sea necesario tratándose de la prueba con que se pretende destruir una presunción, resulta claro que tales testimonios son completamente deficientes para acreditar la ausencia de culpa del señor Gil en el incendio que causó la destrucción de la casa de La Alhajuela. Circunstancias importantes están en absoluto desprovistas de prueba: al fin no se sabe, por la contradicción de los testimonios, si había o no paja suelta en un cuarto, material de muy fácil combustión y que la demanda señala como existente; ninguna explicación obra en el proceso acerca del servicio de agua de la casa, elemento de que carecía en la noche del incendio, como lo atestiguan Francisca Mazuera, María del Carmen Rojas y María Jesús de Mazuera (fs. 37, 38 y 39, C. 2º); no se demostró la inexistencia de

materias inflamables en la casa, prueba que habría sido natural y conducente, y hasta se ignora desde cuándo estaban trabajando en la finca Pizarro y Montoya, ni qué otras personas dormían en la casa la noche del siniestro (este último habla de los otros peones y la sirvienta).

No estando, pues, probado plenamente que la destrucción de la casa no sobreviniera por culpa del arrendatario, señor Gil, éste es responsable de ella, de conformidad con el artículo 2005 del C. C., y debe prosperar la petición primera de la demanda, por tratarse de un grave y culpable deterioro (artículo 1997 ibidem), y consecuentemente la segunda súplica de la misma, ya que según el artículo 2005 “el arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento... en el estado en que le fue entregada... Pero habiéndose destruido la casa de habitación el arrendatario debe su valor, pues cuando el cuerpo cierto perece por culpa del deudor, la obligación de éste subsiste, pero varía de objeto: el deudor es obligado entonces al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor (artículo 1731 C. C.).

Respecto del viñedo, no hay en los autos pruebas de su destrucción, ni del daño sufrido, de manera que no es el caso de ordenar que se pague su precio, pero deberá comprenderse en la restitución de los predios materia del contrato como componentes que es de uno de ellos.

Es procedente también y debe decretarse de conformidad la petición tercera de la demanda, pues en el contrato de arrendamiento se estipuló expresamente que a su vencimiento el arrendatario entregaría los potreros “perfectamente cultivados de pasto pará, en completo estado de limpieza y listos para recibir ganado”, obligación que aquél debe cumplir (artículos 1602 y 1603 C. C.).

En cuanto a las peticiones cuarta y sexta, sólo esta última prospera, porque el acreedor no puede pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; “a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal” (artículo 1594 C. C.); y puede pedir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado expresamente (artículo 1600 ibidem), y tales estipulaciones no constan en el contrato, en el cual la cláusula penal se acordó a cargo del contratante que diera lugar a la terminación del mismo. “La pena, ha dicho la Corte, es la estimación

anticipada del perjuicio que se causa a la otra parte por el incumplimiento de lo pactado o por el mero retardo" (G. J., T. LXI, 767). Y dar lugar a la terminación del contrato, antes del vencimiento de su plazo de duración, no es otra cosa que incumplimiento de lo pactado.

Por último, la petición quinta tiene firme apoyo en el inciso 1º del artículo 2003 del citado código, cuyo tenor es el siguiente: "Cuando por culpa del arrendatario se pone término al arrendamiento, será el arrendatario obligado a la indemnización de perjuicios, y especialmente al pago de la renta por el tiempo que falte hasta el día en que desahuciando hubiera podido hacer cesar el arriendo, o que el arriendo hubiera terminado sin desahucio", disposición que establece, como es lógico, una clara distinción entre la indemnización por el incumplimiento —que en el presente caso se produce por la cláusula penal— y el pago de la renta o precio por el tiempo que falte.

El contrato se pactó por tres años, a partir del día 23 de agosto de 1945, y la causa que ha dado lugar a su terminación fue el incendio de la casa, ocurrido el 12 de enero de 1947, fecha en la cual faltaban diecinueve meses y diez días para el vencimiento del plazo estipulado, de suerte que, a razón de trescientos pesos mensuales, asciende a cinco mil ochocientos pesos (\$ 5.800.00) el valor de la renta a cuyo pago debe condenarse al demandado, de acuerdo con la quinta súplica de la demanda, sin perjuicio de que de dicho valor se deduzca, al ejecutarse la sentencia en esa parte, el de las mensualidades del lapso expresado que aquél pruebe haber pagado.

En la diligencia de inspección ocular que obra a folios 44 a 47 del cuaderno 2º, practicada con intervención de peritos, éstos avaluaron la casa incendiada "en el estado en que estaba esa habitación cuando fue destruida, teniendo en consideración todos los datos obtenidos en esta diligencia así como por el conocimiento que de dicha habitación tenemos, la valorizamos en la suma de tres mil quinientos pesos (\$ 3.500.00) moneda corriente". Ya el juez había impuesto a los peritos, quienes eran constructores de profesión, de los componentes pormenorizados de la casa y de la clase de construcción de ésta, leyéndoles lo que al respecto consta en plurales testimonios, de suerte que el dictamen, que no fue objetado, aparece uniforme, explicado y debidamente fundamentado, por lo cual hace plena prueba (artículo 721 C. J.) y debe acogerse como tal.

En cuanto al valor de los muebles que la de-

mandante tenía guardados en la pieza que para ese efecto se reservó cuando dio en arrendamiento la finca de La Alhajuela, los cuales fueron destruidos por el incendio, y cuya preexistencia aparece suficientemente acreditada, fueron estimados, por los mismos peritos, en la suma de doscientos setenta y ocho pesos, pero este valor no puede ser materia de condenación, desde luego que, no siendo tales muebles parte de la cosa arrendada, puesto que fueron excluidos del contrato, habría sido precisa una súplica especial en la demanda acerca del pago de su precio, que no puede considerarse incluida en la de restitución de los dos predios "en el mismo estado en que le fueron entregados esos inmuebles, comprendiendo en el segundo la casa de habitación o su valor, justipreciado por peritos, y el viñedo que en dicha finca había", ni en la de indemnización "de los perjuicios que le ha causado por el incumplimiento del contrato y por los daños causados en la cosa arrendada".

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, CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga con fecha primero de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, y, revocando la de primera instancia, falla así el presente pleito:

Primero. — Declárase terminado, por grave y culpable deterioro de la cosa arrendada, imputable al arrendatario, el contrato que consta en la escritura 503 de 23 de agosto de 1945, de la Notaría de Roldanillo, por la cual la señora Rosario Zafra de Ramírez dio en arrendamiento al señor Jaime Gil E. los potreros rústicos denominados La Quinta y La Alhajuela, situados en el Municipio de Roldanillo y alindados, en su orden, así: por el norte, el camino que de Quintero conduce a la Seca, en medio, con los predios de Jesús Padilla y Carlos Rebolledo U.; por el occidente, con propiedad del mismo Carlos Rebolledo U.; por el sur, con el callejón denominado "Tesoro", que conduce a la fracción de "Palomo"; y por el oriente, con predios de Luis Gómez y Jesús Padilla. Por el oriente, el río Cauca; por el norte, el camino público que conduce a Quintero; por el occidente, el callejón denominado "Callemocha", en medio, con propiedad de Nicolás Ramírez; y por el sur, callejón que conduce a Cauca, en medio,

con las propiedades de Tomás Ramírez, José Antonio Velásquez y Abraham Ortiz.

Segunda.—Condénase al demandado, señor Jaime Gil E., a restituir a la demandante, señora Rosario Zafra de Ramírez, los dos predios que quedan descritos, en el mismo estado en que le fueron entregados y con los dos potreros perfectamente cultivados de pasto pará y en completo estado de limpieza y listos para recibir ganados.

Tercero.—Condénase al demandado a pagar a la demandante, inmediatamente después de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de tres mil quinientos pesos (\$ 3.500.00) moneda legal, como precio de la casa de habitación de La Alhajuela, destruída por el incendio a que se refiere la demanda.

Cuarto.—Condénase al demandado a pagar a la demandante, inmediatamente después de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) moneda legal, valor de la cláusula penal estipulada en el contrato expresado.

Quinto.—Condénase al demandado a pagar a la demandante, como valor de la renta por el tiempo que, a partir del día doce (12) de enero de 1947, faltaba para el vencimiento del plazo estipulado para el arrendamiento la suma de cinco mil ochocientos pesos (\$ 5.800.00) moneda legal, inmediatamente después de la ejecutoria de esta sentencia.

Sexto.—Absuélvese al demandado del cargo formulado en la petición cuarta de la demanda.

Séptimo.—Condénase al demandado al pago de las costas del juicio (artículo 2º del Decreto 243 de 1951).

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y oportunamente devuélvase el expediente.

Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Gerardo Arias Mejía — Emilio Prieto, Oficial Mayor en ppdad.

SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS DE TRANSITO — RESPECTO DE ESTAS SERVIDUMBRES TIENE COMPLETA APLICACION EL ARTICULO 9º DE LA LEY 95 DE 1890 — LOS DERECHOS DEL DUEÑO DEL PREDIO DOMINANTE, CUANDO SE TRATA DE UNA SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE TRANSITO, SE REGULAN POR LO PREVISTO EN EL MISMO TITULO CONSTITUTIVO, Y A FALTA DE ESTA PREVISION, POR LAS REGLAS ATINENTES A LAS SERVIDUMBRES EN GENERAL — CUANDO LA SERVIDUMBRE DE TRANSITO NO ESTA DETERMINADA, RESULTA INAPARENTE Y DISCONTINUA

1—Es cuestión resuelta por la Corte en varios fallos, que el art. 636 del C. J. contiene un principio general o regla que se aplica a todos los documentos que legalmente tienen la calidad de públicos, con excepción de las escrituras, que pueden ser presentadas en juicio por las partes en copia autorizada por el Notario y debidamente registrada, según los términos del artículo 630 ibidem, que constituye una regla exceptiva a la consagrada en la primera de las disposiciones citadas.

2—El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, no es sino un elemento probatorio complementario de los respectivos títulos sometidos a la solemnidad del registro, y la ley no exige su presentación sino en determinados juicios, de los cuales está excluido el de dominio o reivindicatorio.

3—Cuando se trata de una servidumbre de tránsito voluntaria, los derechos del propietario del predio dominante se regulan por lo previsto en el mismo título constitutivo, y a falta de esta previsión, por las reglas atinentes a las servidumbres en general. En estas condiciones, su renuncia debe ser expresa, para darlos por terminados, por tratarse de un derecho real importante que requiere el acto voluntario y solemne. Tal ha sido el criterio seguido por los doctrinantes colombianos, inspirados en el de los franceses, y por la jurisprudencia nacional.

4—El derecho de servidumbre en abstracto, indudablemente nace del título en las voluntarias, pero la servidumbre en concreto, su ejercicio, no depende sino del hecho de que se produzcan las condiciones determinadas en el convenio; su establecimiento

está subordinado a la realización de ciertas situaciones que lo concreten, como son: el señalamiento de la zona afectada, la vía por donde debe hacerse el tránsito, su extensión, etc.; situaciones que en caso de que los contratantes no prevean en el convenio, o posteriormente no las acuerden, corresponde al Juez hacerlo, con el auxilio de peritos, según reza el artículo 906 del Código Civil.

Sin la especificación, o determinación del derecho a una servidumbre de tránsito, por los contratantes, si hay acuerdo, o por el Juez, si no lo hay, antes de que el dueño del predio dominante ejerza el derecho que le otorga el contrato, "falta una relación definida e invariable entre el predio o los predios que soportan el gravamen, y el dominante o dominantes en cuya utilidad se impone la carga. Si los fundos no están relacionados entre sí, se carece de algo esencial para la existencia en la práctica de la servidumbre. De aquí que el C. J. haya consagrado en el Título XXVIII, arts. 872 y sigts., en relación con los 863, 865 y 866 del mismo estatuto, un procedimiento especial y breve, que debe seguirse para la imposición de una servidumbre o sobre el modo de ejercerla, y que la sentencia dictada en esta clase de juicios sea revisable por la vía ordinaria."

5—La doctrina del art. 9º de la Ley 95 de 1890 la entiende la Corte, en reiterados fallos, en el sentido de que al referirse la disposición a las servidumbres discontinuas de todas clases y a las continuas inaparentes, no comprende o se aplica sino a las servidumbres voluntarias, y no a las que tengan el carácter de legales, por ser estas últimas el resultado de una imposición de la ley, hasta el punto de ser consideradas por la misma doctrina más bien como restriccio-

nes creadas por la ley a los derechos y a la libertad de los propietarios, en provecho de los fundos vecinos.

A contrario sensu, si la servidumbre de tránsito es voluntaria y su constitución depende de un título, tiene todo su imperio el art. 9º de la Ley 95 de 1890.

6—La servidumbre de tránsito, cuando no está determinada, resulta inaparente y discontinua, y por tanto, es inaplicable el artículo 938 del Código Civil, pues, según éste, se requiere la calidad de aparente y continua, para que pueda constituirse por destinación anterior, según doctrina de la Corte (Casación de Noviembre de 1903, T. XVI).

7—Cuando los propietarios de los predios sirviente y dominante están conformes, en principio, sobre la existencia y legitimidad del derecho de servidumbre de que se trata, pero discrepan en cuanto a su extensión, forma o modalidad de ejercerlo, o se considera necesario y conveniente variarlo, este derecho está protegido por la acción especial que se da a los dueños de uno y otro predio, dominante o sirviente, para que judicialmente se fije con precisión aquel modo o forma de ejercer legalmente el derecho real de servidumbre, o para que se varíe o cambie, teniendo en cuenta no sólo los factores materiales, sino también los económicos que determinaron su constitución.

El ejercicio de cada una de estas acciones tiene señalado expresamente en el Código Judicial vigente (Ley 105 de 1931) un procedimiento especial, inclusive la consecuen- cial para la fijación de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, dieciocho de abril de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes:

Por medio de la escritura 336, de 29 de agosto de 1928, de la Notaría de Ambalema, la Sociedad Urbanizadora "La Favorita", transfirió a título de venta a Sabas Cázares S. los bienes raíces que en este instrumento se determinan, y por el mismo, Cláusula Quinta, constituyó un derecho de servidumbre en los términos siguientes:

"Que la misma sociedad establece desde ahora y para siempre una servidumbre de tránsito en favor del comprador Cázares y de sus sucesores por los terrenos de la hacienda de "Pajonales" de mi propiedad, que ponga en comunicación corta y directa la finca de "Calabazo" de propiedad del comprador con la ésta vendida y de que trate el ordinal a) del punto primero; y que en caso de venta de la hacienda de "Pajonales" la sociedad hará constar en la escritura respectiva la servidumbre que por ésta queda establecida".

En el título constitutivo, como es fácil observar, no quedaron determinados los linderos del predio sirviente —"Pajonales"— ni sobre éste, los de la servidumbre que se establecía, como tampoco su extensión, forma o modalidad de ejercerla.

Con anterioridad al otorgamiento de la escritura 336, la sociedad urbanizadora "La Favorita" S. A., según afirmación del demandante, usaba como vía de comunicación entre predios de su propiedad, "Pajonales", "Calabazo" e "Isla de Rayadero", un camino que tenía la trayectoria señalada en la demanda, camino que a su vez, continuó usando el comprador Cázares S., después de la constitución del derecho de servidumbre a que alude el instrumento público citado, en forma quieta, tranquila, pacífica y no interrumpida, con ánimo de señor y dueño, transportando por él, sus ganados vacunos, caballares, mulares, etc., de uno a otro predio, hasta fines del año de 1945, que sorpresivamente, la sociedad demandada, por medio de sus empleados y obreros comenzó el descepe, rastrillo y arado del potrero "Común de Pajonales", inclusive el camino de herradura por donde el demandante hacía el tránsito entre los predios de "Calabazo" y la "Isla de Rayadero" y construyó una serie de canales de irrigación dentro de aquel potrero que no le permiten ese tránsito, como también suprimió una puerta de golpe que daba acceso al camino, que atravesándolo se internaba a través del potrero de "La Moya" y conducía corta y directamente a la "Isla de Rayadero".

En la actualidad —fecha de la demanda— se está descepeando, rastrillando y arando el potrero denominado "La Moya", que forma parte integrante del de "Pajonales", extinguiéndose progresivamente, el camino por donde el demandante hacía el tránsito, con todo lo cual, a más de dejar aislados los predios dominantes, quedando sin vía alguna de acceso para la primera de las fincas nombradas, y ocasionándole ingentes perjui-

cios, pues se le ha imposibilitado para la explotación económica de sus fincas.

En el año de 1928, el señor Roberto Wills, adquirió la hacienda de "Pajonales" por venta que le hizo "La Favorita" S. A., según escritura 3191 de la Notaría Tercera de Bogotá; y por la 1677 de 4 de agosto de 1940, de la Notaría Primera del mismo Circuito, se constituyó la empresa "Ingenio Central del Tolima" S. A. y por ésta, aportó el socio Roberto Wills, la parte plana de la hacienda "Pajonales" comprendida dentro de los linderos que allí se expresan y señalan, que en tal virtud, la empresa aludida como su actual dueño, es la obligada a respetar la servidumbre de tránsito existente sobre los predios sirvientes, y al resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Con fundamento en estos hechos, el demandante Sabas Cázares S., requirió judicialmente, por la vía ordinaria de mayor cuantía de la empresa "Ingenio Central del Tolima" S. A., la restitución a su favor y de sus sucesores del uso y goce de la servidumbre de tránsito a que alude la escritura pública 336 de 29 de agosto de 1928, corrida ante la Notaría del Circuito de Ambalema, servidumbre que servía de comunicación corta y directa entre los predios rurales denominados "Calabozo" e "Isla de Rayadero" que según la demanda tenía la trayectoria allí indicada, y al pago del valor de las indemnizaciones correspondientes, a que tiene derecho por el despojo sufrido.

La empresa demandada contestó la demanda, así instaurada, negando la mayoría de sus hechos y aceptando algunos de ellos, considera improcedente el derecho invocado y la acción escogida, e incongruentes las peticiones y se opone a su decreto. Además, propone las excepciones de ilegitimidad de la personería de la parte demandante, petición antes de tiempo y de modo indebido y carencia de acción, por cuanto, "los hechos apenas si sindicán al demandado de estar perturbando al actor en ejercicio de una servidumbre".

El Juez Civil del Circuito de Ambalema, ante quien se propuso la demanda, falló la controversia en sentencia de 5 de noviembre de 1947, accediendo a sus peticiones, menos las relativas a la fijación del valor de las indemnizaciones y sin pronunciarse sobre las excepciones propuestas por el demandado, en la contestación de la demanda y alegadas en el respectivo alegato de conclusión. Sin costas.

Las partes recurrieron en apelación de esta sentencia y en lo desfavorable a cada una de ellas,

ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, donde bajo las ritualidades de la segunda instancia de los juicios ordinarios se puso fin a esta actuación, con la sentencia de 25 de junio de 1948, por medio de la cual se reforma la de primer grado, en el sentido de declarar: "no probadas las excepciones perentorias propuestas por la empresa demandada, condenar a ésta, a pagar al demandante, los perjuicios causados y confirmar en todo lo demás, la sentencia apelada. Sin costas".

El Tribunal después de hacer un análisis de las características de la acción reivindicatoria de los derechos reales y de la indemnizatoria correspondiente, concluye aceptando su procedencia en el caso de autos, y agrega: "también es verdad que la escritura 336 referida, no determina, alindera o especifica, la senda o camino por donde ha de ejercerse la servidumbre".

Y "que a pesar de que el demandante no hubiera ejercido su derecho de servidumbre por ninguna señal exterior dentro del predio sirviente, ello no implicaría desconocimiento de su derecho sino meramente una modalidad en el ejercicio del mismo, desde luego tendría la acción de restitución incoada".

Después de considerar la sentencia, las alegaciones del apoderado del demandado, relativas a la previa fijación en juicio distinto al promovido de la zona por donde habría de ejercer el demandante el tránsito, concluye afirmándose:

"Conclusión de lo anterior para el Tribunal es la de que el demandante Cázares S., sí ha probado los requisitos o elementos esenciales para la prosperidad de la acción restitutoria del derecho real de servidumbre de tránsito, materia de este juicio, y que, por ende, tal acción debe prosperar, como deben desecharse las excepciones perentorias y demás reparos y objeciones propuestas por el señor apoderado de la entidad demandada".

El recurso

Recurrida en casación, por la parte demandada, la sentencia del Tribunal de Ibagué, la Sala, terminada como se halla la sustanciación del recurso, procede a resolver lo pertinente.

Acuso la sentencia del Tribunal, —dice— el recurrente, "por el primero de los motivos de casación que enumera el Art. 520 del C. J., esto es, por ser dicha sentencia violatoria de la ley sustantiva".

En dos capítulos divide el recurrente su deman-

da de casación: el primero, comprende el examen de la acción reivindicatoria del derecho de servidumbre, y el segundo, el de la consiguiente acción de perjuicios.

La sentencia es motivo de varios reparos relativos:

1º—A la existencia, propiedad y singularización de la cosa objeto de la reivindicación; a la posesión del demandado de la misma; y

2º—En lo concerniente a la acción de fijación de la indemnización de perjuicios; los cuales pueden sintetizarse así:

A.) Existencia de la cosa objeto de la reivindicación

Desde este punto de vista, hace el recurrente el reparo a la sentencia de que estima como plenamente demostrada la existencia de la servidumbre objeto de la reivindicación merced a las pruebas consistentes en la copia auténtica de la escritura 336 de 29 de agosto de 1928, y el certificado de registro que da fe de la constitución de ese gravamen. Y que el Tribunal incurre en error de derecho al tener en consideración esta prueba, que carece de fuerza probatoria por haber sido allegada a los autos con omisión de lo prescrito en el Art. 636 del C. J., y el certificado de registro no suple la escritura, título de constitución de la servidumbre, según los términos del Art. 1760 del C. C.

“Error de derecho que llevó al Tribunal, a la violación, por infracción directa, de los Arts. 760 y 1760 del C. C., y, por consiguiente, a la violación por la misma causa, del Art. 946 y del 948 de ese Código, que niegan, a contrario sensu, la acción reivindicatoria sobre cosa cuya existencia no se demuestre. También se infringió por el Tribunal, directamente, el Art. 593 del C. J., que ordena fundar toda decisión judicial en los hechos que están plenamente probados por medios de prueba que exija la ley.

Que, por otra parte, supuesta probada la existencia de la servidumbre que el actor pretende reivindicar, en autos se demostró su extinción. Así toda servidumbre predial obedece a una necesidad del predio o predios dominantes, tal como se desprende de los Arts. 919 y 905 del C. C. en relación a las servidumbres de acueducto y tránsito, respectivamente; y tal el fundamento de la disposición contenida en el Art. 907 ibidem, en donde está dispuesto que si después de constituida una servidumbre de tránsito, llega ésta a no

ser indispensable para el predio dominante, tendrá derecho el dueño del predio sirviente para pedir su extinción. Que lo propio ocurre con la servidumbre voluntaria constituida por contrato, “la necesidad en que su establecimiento se inspira asume el papel de causa impulsiva o determinante”.

“En el caso de este pleito, —dice el recurrente— se trata de una servidumbre constituida por voluntad de las partes que otorgaron la escritura N° 336 de 29 de agosto de 1928. Inspiró su establecimiento, y fue por lo tanto, causa determinante de su constitución la circunstancia de ser el señor Cázares dueño del predio “Calabozo” y venir a quedar, por virtud de la venta que le hacía la Sociedad Urbanizadora “La Favorita”, propietario de la “Isla de Rayadero”, originándose así para él la necesidad o simple conveniencia de comunicar entre sí dos predios de su propiedad, para facilitar la administración de ellos”.

Que a los autos se trajo un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ambalema, en el cual consta que el demandante por medio de la escritura 505 de 30 de julio de 1947, de la Notaría del Circuito de dicho lugar, vendió la “Isla de Rayadero”, y en consecuencia, la servidumbre constituida a favor de los predios del actor se extinguió desde la fecha de la primera venta, por renuncia tácita del demandante. Artículo 942 del C. C.

“Incurrió el Tribunal en manifiesto error de hecho omitiendo como omitió, tomar en consideración el certificado de registro del cual aparece que el actor ya no es dueño de la “Isla de Rayadero”. Este error lo llevó a violar, por falta de aplicación, el ordinal 4º del Art. 942 del C. C., según el cual las servidumbres se extinguen por renuncia del predio dominante, y a infringir en forma directa y por aplicación indebida, los Arts. 946 y 948 del mismo Código, y el 343 del C. J., que le imponía reconocer de oficio la excepción perentoria de extinción de la servidumbre, fallando el pleito en consonancia con ella”.

Reconoce el recurrente como exacto, el alcance que en la sentencia se le da al Art. 883 del C. C., en cuanto se afirma allí, que no puede reivindicar una servidumbre sino quien demuestre ser dueño del predio dominante. Sólo —agrega— que el Tribunal encontró demostrada sin estarlo, la propiedad del actor sobre la “Isla de Rayadero”, y olvidó por completo lo relativo al dominio del actor sobre “Calabozo”, el otro predio dominante, acerca del cual derecho hay una ausencia to-

tal de pruebas en el expediente; y consideró como pruebas suficientes y legales de la propiedad del primero de los predios nombrados, la copia de la escritura 336 de 29 de agosto de 1928 y un certificado de registro en que aparece que aquél es poseedor inscrito de ese predio.

"Volvió aquí el Tribunal a incurrir en un error de derecho al tener la copia de la escritura N° 336 como prueba eficaz del dominio sobre la "Isla del Rayadero", puesto que esa copia no se adujo en la forma especial e imperativa establecida en el Art. 636 del C. J. Y volvió a violar consecuentemente, por infracción directa, los Arts. 760 y 1760 del C. C., que le niegan a un certificado de registro toda virtud probatoria en orden a establecer la existencia de una servidumbre. Violó así mismo el Tribunal, por infracción directa, el Art. 1857 del citado Código, conforme al cual quien para demostrar que es dueño de un bien inmueble, invoca como título de adquisición un contrato de compraventa, sólo puede exhibir una escritura pública. Y violó también por infracción directa y aplicación indebida, los Arts. 946 y 948 del mismo Código, según los cuales la acción reivindicatoria de una servidumbre únicamente puede ejercitarse por el dueño del predio dominante. Estimo que, además, hubo aquí una nueva violación por parte del Tribunal del art. 593 del C. J., por cuanto fundó su decisión en un hecho no probado en la forma legal, a saber: la propiedad del actor sobre la "Isla de Rayadero".

"A lo dicho anteriormente se agrega la falta absoluta de toda prueba, eficaz o ineficaz, que acredite al actor como propietario de "Calabozo", el otro predio dominante.

No está bien claro si el Tribunal pasó por alto esta ausencia total de prueba, o si lo ocurrido fue que confundió el predio de "Calabozo" con la zona de que trata el ordinal b) de la cláusula primera de la escritura N° 336.

"Si lo primero, incurrió el Tribunal en un manifiesto error de hecho, al dar por probado un hecho respecto del cual no obra absolutamente ninguna prueba en los autos. Si lo segundo, incurrió en un error manifiesto de hecho no menos grave que aquel que se pone de relieve con solo leer la cláusula quinta de la expresada: "Que la misma Sociedad establece... una servidumbre de tránsito... que ponga en comunicación corta y directa la finca de "Calabozo" de propiedad del comprador con la isla vendida y de que trata el ordinal a) del punto primero". Si "Calabozo" fuera la zona de terreno de que trata el ordinal b)

de dicho punto primero, no habría dicho la Sociedad vendedora que "Calabozo" pertenecía al comprador, sino que se habría limitado a decir que constituía una servidumbre de tránsito que uniera entre sí los dos predios materia de la venta.

A consecuencia de los errores puntualizados, "el Tribunal violó, por infracción directa y aplicación indebida, el art. 946 del C. C., que sólo confiere acción reivindicatoria al dueño de la cosa, es decir, en armonía con los Arts. 978 y 948 del mismo Código, a quien demuestre ser dueño del predio o predios dominantes que se benefician de la servidumbre objeto de la reivindicación, y violó igualmente, por infracción directa el Art. 593 del C. J., que prohíbe fundar la sentencia en hechos no probados en el juicio.

"La circunstancia de no haber prueba ninguna que acredite al actor como propietario, ni siquiera como simple poseedor material de "Calabozo", es causa suficiente para negarle personería sustantiva en el ejercicio de la acción reivindicatoria. Violó también el Tribunal, en consecuencia, el Art. 343 del C. J., por infracción directa, pues este texto establece la necesidad para el juzgador, de fallar el pleito en consonancia con las excepciones perentorias que estén probadas".

C) Singularización de la cosa objeto de la reivindicación

Resume el cargo el recurrente así: "Al declarar el Tribunal que el uso y goce del camino en que el actor funda su reclamación, demuestran que ese camino es la servidumbre de que trata la escritura 336, violó, por infracción directa, los siguientes textos legales: el Art. 941 del C. C., según el cual es el título de la servidumbre lo que determina la extensión de los derechos del predio dominante y la de las obligaciones del sirviente, no hechos extraños al título, como son el uso y goce de un camino que el título no menciona; el Art. 9º de la ley 39 de 1890, conforme al cual el uso y goce de un camino son incapaces de dar vida a una servidumbre de tránsito, que es servidumbre discontinua; el Art. 906 del C. C., que dispone que todo lo relativo al ejercicio de la servidumbre de tránsito, v. gr. el señalamiento del camino que deba servirla, se determina por convenio mutuo entre las partes o, en subsidio, por dictamen de peritos".

"Violó también el Tribunal, por aplicación indebida, el Art. 940 del C. C., porque si la tole-

rancia del uso y goce del camino, por parte del Ingenio, constituyera reconocimiento de que ese camino es la servidumbre establecida en la escritura N° 336, tal reconocimiento sería tácito, no expreso, no siendo el caso por lo tanto, de aplicar dicho Art.; y porque el hecho de haber reconocido expresamente el señor apoderado del Ingenio, durante la inspección ocular practicada en la primera instancia, que esta Sociedad no ha prohibido al actor el uso de una guardaraya que atraviesa a "Pajonales" en línea recta, puede constituir reconocimiento expreso de la servidumbre establecida mediante la escritura N° 336, mas nunca reconocimiento expreso de que esa servidumbre esté constituida por el camino de herradura de que se servía el actor".

"El Tribunal incurrió, además, en los siguientes errores manifiestos de hecho: no tuvo en cuenta que en la inspección ocular practicada en la primera instancia, el señor Juez comprobó la existencia de una guardaraya, ancha, que conduce en línea recta de "Calabozo" a la "Isla de Rayadero", por entre "Pajonales", motivo por el cual el camino que usaba el actor no puede ser directo, ni el más corto; y tampoco tuvo en cuenta el Tribunal que, por propia confesión del actor hecha en la demanda (hecho c), el camino que él reclama existía desde antes del otorgamiento de la escritura N° 336, y que en ésta escritura se habla de constituir una servidumbre "desde ahora", no desde antes. A consecuencia de este error de hecho y todas las violaciones de la ley indicadas anteriormente, el Tribunal violó, por infracción directa y aplicación indebida, el Art. 946 del C. C., pues el actor no probó ningún derecho sobre el camino que reclama, sino solamente sobre la servidumbre de que trata la escritura número 336 (suponiendo que ésto esté probado, lo que también niego), y no reivindica esta servidumbre, sino aquel camino".

"Por último, si el fallo del Tribunal se funda en que el actor reivindica una servidumbre inaparente circunstancia que hace innecesaria la demostración de que el actor tiene derecho sobre un determinado camino o senda, entonces aquél incurrió en un manifiesto error de hecho en la apreciación de la demanda; porque en ella se reivindica una senda o camino singularmente especificado, como puede comprobarse con la simple lectura del hecho c) y de la primera súplica. A consecuencia de este error, el Tribunal habría violado, por aplicación indebida, el Art. 946 del C. C."

D) Posesión, por parte del demandado, de la cosa objeto de la reivindicación

El Tribunal violó, por aplicación indebida, el art. 946 del C. C., pues este texto sólo permite dirigir la acción reivindicatoria contra el poseedor de la cosa, no contra el perturbador de la posesión.

El desarrollo de este cargo es como sigue: se pretende reivindicar el uso y goce de una servidumbre de tránsito. En consecuencia se ha debido probar por el actor de acuerdo con el Art. 946 del C. C., que la Sociedad demandada está en posesión del uso y goce de dicha servidumbre. Esto no se ha probado en el juicio, el demandante se limitó a probar que el Ingenio lo ha privado del uso y goce del tránsito. La acción reivindicatoria, así propuesta, resulta inoperante, pues la ley no concede esta acción contra quien ha perturbado al dueño en su posesión tranquila, sino contra quien esté poseyendo cosa ajena. La acción de perturbación es acción posesoria, y no siempre los hechos que fundan una acción posesoria fundan también la acción reivindicatoria.

El Art. 972 del C. C. distingue entre las acciones posesorias que tienen por objeto conservar la posesión, las cuales se dirigen contra el PERTURBADOR, de las que se encaminan a recuperar la posesión que se promueven contra el POSEEDOR. Los hechos que dan lugar a estas últimas, pueden fundar también la acción reivindicatoria; pero aquellos en que se apoyan las acciones de perturbación, no generan derecho a reivindicar.

Al afirmar el Tribunal, que el Ingenio ha perturbado al actor en el uso y goce de la servidumbre establecida por medio de la escritura N° 336, por haber ejecutado obras como el arado, descepe y la irrigación de tierras por donde pasaba el camino de herradura de que se servía aquél, incurrió el Tribunal en los mismos errores de hecho y en las mismas violaciones de la ley que indiqué al formular los cargos que contiene el aparte C del presente capítulo. "Errores y violaciones que indujeron al Tribunal a violar por aplicación indebida, el Art. 946 del C. C., puesto que no habiéndose probado que el actor perdió la posesión del uso y goce de su derecho de servidumbre, sino de un camino que no es la servidumbre, tampoco era el caso de dar aplicación a ese artículo".

Capítulo III. — La acción de perjuicios

El recurrente después de analizar el Art. 2341

del C. C. y de estudiar separadamente, las tres condiciones que requiere la ley, una culpa, un perjuicio y una relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio, para que haya responsabilidad extracontractual, remata el reparo que le hace a la sentencia desde este aspecto, así:

“Por haber condenado a la Sociedad demandada al pago de los perjuicios alegados por el actor, el Tribunal violó las siguientes disposiciones legales: el Art. 887 del C. C., por aplicación indebida, pues no habiendo contravenido la Sociedad demandada a la prohibición contenida en él, tampoco era el caso de aplicarlo; el Art. 669 del citado Código, por infracción directa, pues por haber ejecutado los hechos que el actor le imputa, la Sociedad demandada no traspasó los límites que dicha disposición señala al derecho de propiedad; el Art. 2341 del mismo Código, por infracción directa y por aplicación indebida, pues este artículo exige una culpa, un perjuicio y una relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio, para que se configure la responsabilidad civil extracontractual, y ni el actor probó perjuicio, ni la Sociedad demandada cometió culpa, ni de haber culpa y perjuicio aquélla sería la causa de éste; y el Art. 593 del C. J., por infracción directa, pues según este texto las sentencias no pueden fundarse sino en hechos plenamente probados conforme a la ley, y la condenación por perjuicios hecha a cargo de la Sociedad demandada se funda en una culpa, un daño y una relación de causalidad que el actor no pudo demostrar”.

Se considera:

Los tres primeros cargos, y por ello se les estudia conjuntamente, tienen como fundamento primordial la hipótesis del recurrente de no estar demostrados en el proceso, los elementos que integran la acción de dominio o reivindicación; o sea la existencia de la cosa objeto de la reivindicación; calidad de propietario del actor; singularización del objeto que se pretende reivindicar, y posesión por el demandado, de ese objeto.

A esta afirmación que el recurrente repite en cada cargo al estudiar, por separado, cada uno de aquellos elementos, la Corte considera:

1º—Respecto al cargo A) Existencia de la cosa objeto de la reivindicación

La copia de la escritura 336 de agosto 29 de 1928 y el certificado del Registrador de Instru-

mentos Públicos y Privados, a que el recurrente alude, fueron allegados a los autos por petición del demandante dentro del respectivo término probatorio, con conocimiento del demandado, previo su desglose de la actuación referente de la inspección ocular practicada extrajudicialmente, y admitidos como pruebas.

Es cuestión resuelta por la Corte en varios fallos, que el Art. 636 del C. J. contiene un principio general o regla, que se aplica a todos los documentos que legalmente tienen la calidad de públicos, con excepción de las escrituras que pueden ser presentadas en juicio por las partes en copia autorizada por el Notario y debidamente registrada, según los términos del Art. 630 ibidem, que constituye una regla exceptiva a la consagrada en la primera disposición citada.

Así como que, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, no es sino un elemento probatorio complementario de los respectivos títulos sometidos a la solemnidad del registro, y que la ley no exige su presentación sino en determinados juicios, de los cuales está excluido el de dominio o reivindicatorio.

2º—En relación con la extinción de la servidumbre alegada, por renuncia tácita del actor, cabe observar: que como se trata de una servidumbre de tránsito voluntaria, los derechos del propietario del predio dominante se regulan por lo previsto en el mismo título constitutivo, y a falta de esta previsión, por las reglas antinentes a las servidumbres en general. En estas condiciones, su renuncia debe ser expresa, para darlos por terminados, por tratarse de un derecho real importante que requiere el acto voluntario y solemne. Tal ha sido el criterio seguido por los doctores colombianos, inspirados en el de los franceses, y por la jurisprudencia nacional.

Cosa distinta, es que el demandante no haya probado la existencia singular de la servidumbre, sino la constitución del derecho abstracto de servidumbre, por falta de determinación en el título, ni posterior, de la senda por donde debía ejercitarse tal derecho real. Pero, este aspecto de la cuestión no es motivo de acusación en el cargo que se estudia, sino en otro como se verá adelante y mal puede considerarlo oficiosamente la Sala. No hay, pues, violación de las disposiciones sustantivas citadas por el recurrente, y por los motivos aducidos en este cargo; en consecuencia se rechaza.

B. El primer reparo que se hace a la sentencia en el desarrollo del cargo, quedó resuelto al estu-

diarse también la primera parte del anterior.

El otro punto de vista, que en el desenvolvimiento del reparo se contempla, "falta absoluta de toda prueba eficaz e ineficaz, que acredite al actor como propietario de "Calabozo", el otro predio dominante, hay que decir:

Que de acuerdo con la escritura 336 de 29 de agosto de 1928, el demandante adquirió dos predios distintos y perfectamente singularizados: la "Isla de Rayadero" y la zona descrita en el ordinal b) del punto primero así:

"Sobre una zona de terreno situada en la hacienda de "Pajonales", que formaba el antiguo cauce del río Recio, poseída en común con el comprador y que linda así: "Por el norte, el borde del barranco que separa la zona vendida, de la manga de Caimanal de la hacienda de "Pajonales"; por el oriente y sur, con el mismo borde del barranco; y por el occidente, cerca de por medio, con la manga de Caimanal".

En la inspección ocular practicada extrajudicialmente, por el juez promiscuo municipal de Ambalema, por comisión del Civil del Circuito del mismo lugar, C. de Pruebas N° 2 —folio 20— se lee:

"En Ambalema, a catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, siendo el día y la hora señalados en auto de fecha nueve de los corrientes, para llevar a efecto la diligencia de Inspección Ocular que el señor Juez Civil de este Circuito ordenó practicar en auto comisorio fechado el cinco de los cursantes, se trasladó el suscrito Juez Municipal de Ambalema, asesorado de su Secretario y acompañado del señor Sabas Cázares, de su apoderado doctor Manuel Durán Cortés, y de los testigos actuarios señores Roberto Cárdenas y Leovigildo Prado, a la finca rural denominada "Calabozo", situada dentro de esta jurisdicción Municipal, de propiedad del actor señor Sabas Cázares, y especialmente alinderado como sigue: "Por el norte, borde del barranco, con la manga de "Caimanal", de la hacienda de Pajonales; por el oriente, borde del barranco, con terrenos de Pajonales; por el sur, borde del barranco, con terrenos de Pajonales; por el occidente, cerca de por medio, con la manga de "Caimanal". Y en la practicada en el juicio, por el Juez del conocimiento y dentro del respectivo término probatorio, también se lee:

A continuación se dio lectura a los memoriales de pruebas presentados por las partes, especialmente lo referente a la inspección ocular. Acto seguido se procedió a la identificación del predio

del actor, llamado Calabozo, y se constató que su alinderación es la siguiente:

"Por el norte, el borde del barranco que separa la zona vendida de la manga de Caimanal de la hacienda de Pajonales; por el oriente y sur con el mismo borde del barranco; y por el occidente, cerca de por medio con la manga de Caimanal".

Todo lo cual demuestra en el proceso, la identificación de la finca "Calabozo", y el hecho de que ella corresponde a la zona descrita en el ordinal b) del punto primero de la escritura 336, por todos y cada uno de sus linderos. Esto es, que está demostrada la existencia de ese predio y la propiedad del actor sobre él.

En consecuencia, no existen ni la violación sugerida por el recurrente, ni los errores a que el mismo alude en este cargo; y en tal virtud se rechaza.

C. Singularización de la cosa objeto de la reivindicación

El Tribunal, en su decisión final, para reconocer el éxito de la acción reivindicatoria promovida, se fundó en la triple consideración de que el actor pretende reivindicar una servidumbre discontinua, aparente y positiva de tránsito, y en tal virtud debía probar: la propiedad del predio dominante, e igualmente que vino ejerciendo la servidumbre hasta su privación, a intervalos más o menos largos de tiempo y por una senda o puerta especialmente destinada para tal fin, según los Arts. 881 y 882 del C. C.; en la que si es cierto que el título constitutivo de la servidumbre —escritura 336— no determina, alindera o especifica la senda o camino por donde ha de ejercerse, ello lo más que implicaría, sería la calidad de inaparente, pues, la de tránsito puede ser aparente, si está continuamente a la vista, como cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él, e inaparente cuando no se conoce por una señal exterior; y por último en la de que, aún en la hipótesis de que el demandante no adquirió la servidumbre por el título de la escritura 336, existiría entonces el constitutivo de esa servidumbre, consistente en el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente (Art. 940 del C. C.) hecho por medio de la manifestación del apoderado de la entidad demandada en la inspección ocular judicial, en cuanto allí hizo constar que, el Ingenio no le había prohibido al demandante el ejercicio de la servi-

dumbre, sino que se lo permitía con el uso de una guardaraya, que para esos fines indicó.

"Las servidumbres, o son naturales, que provienen de la natural situación de los lugares; o voluntarias, que son constituidas por un hecho del hombre; o legales que son impuestas por la ley".

En el presente litigio se ventila un problema relativo a una servidumbre de tránsito voluntaria, que su constitución depende de las bases convenidas en la escritura 336 de 29 de agosto de 1928, y entre ellas no se previó los medios necesarios para ejercerla, tales como la vía o senda, su extensión, la zona por donde debía hacerse el tránsito, ni siquiera los puntos de partida de la vía. En aquel instrumento sólo se dijo: que, "la misma sociedad establece desde ahora y para siempre una servidumbre de tránsito en favor del comprador Cázares y de sus sucesores por los terrenos de la hacienda "Pajonales" de propiedad del vendedor que ponga en comunicación corta y directa la finca de "Calabozo" de propiedad del comprador con la ésta vendida y de que trata el ordinal a) del punto primero: y que en caso de venta de la hacienda "Pajonales" la Sociedad hará constar en la escritura respectiva la servidumbre que por ésta queda constituida".

Planteada así la situación, se tiene: que el derecho de servidumbre en abstracto indudablemente nace del título en las voluntarias, pero la servidumbre en concreto, su ejercicio, no depende sino del hecho de que se produzcan las condiciones determinadas en el convenio; su establecimiento está subordinado a la realización de ciertas situaciones que lo concreten, como son: el señalamiento de la zona afectada, la vía por donde debe hacerse el tránsito, su extensión, etc.; situaciones que en caso de que los contratantes no prevean en el convenio, o posteriormente no las acuerden, corresponde al Juez hacerlo, con el auxilio de peritos, según reza el artículo 906 del Código Civil.

Sin la especificación, o determinación del derecho a una servidumbre de tránsito por los contratantes, si hay acuerdo, o por el Juez, si no lo hay, antes de que el dueño del predio dominante ejerza el derecho que le otorga el contrato, "falta una relación definida e invariable entre el predio o los predios que soportan el gravamen, y el dominante o dominantes en cuya utilidad se impone la carga. Si los fundos no están relacionados entre sí, se carece de algo esencial para la existencia en la práctica de la servidumbre. De aquí que el C. J. haya consagrado en el Título

XXVII Arts. 872 y ss. en relación con los 863, 865 y 866 del mismo estatuto, un procedimiento especial y breve, que debe seguirse para la imposición de una servidumbre o sobre el modo de ejercerla, y que la sentencia dictada en esta clase de juicios sea revisable por la vía ordinaria.

En otra forma, ¿sobre qué zona del predio afectado se impondrá la servidumbre? ¿Por la que se interpone en el trayecto más corto, o por la que ofrezca mayor facilidad de ejercicio, aunque el tránsito sea más largo?

En la parte petitoria de la demanda, motivo de este pleito, súplica principal, ni en los hechos en que se apoya se hace mención de ello, no se pide la declaración del derecho de propiedad de la servidumbre a que se refiere la escritura 336 de 29 de agosto de 1928, sino que con fundamento en este título constitutivo de ese derecho abstracto de servidumbre, se impetra la restitución en el uso y goce de una servidumbre concreta, o senda cuya trayectoria se indica allí, pero no por los pactantes en el convenio, ni acordada posteriormente por los mismos, ni determinada por el procedimiento especial y previo de que antes se ha hablado, en el caso de presentarse este evento.

Así las cosas, no puede afirmarse, como lo afirma el Tribunal sentenciador, que del hecho de que en una época más o menos remota se usara como comunicación entre "Calabozo" y la "Isla de Rayadero" el camino de herradura que atraviesa la hacienda de "Pajonales", implica necesariamente el que ese uso fuera posible todavía a la época de la presentación de la demanda y el que tal camino o senda, sea o corresponda a la servidumbre constituida en la escritura 336. Por el contrario, el uso de dicho camino de herradura en época anterior a la celebración del contrato, constitutivo del título de derecho de servidumbre —escritura 336— y a la presentación de la demanda, aunado a la circunstancia de que éste, no se menciona para nada, no se hace referencia de ninguna naturaleza, ni siquiera se fijan los puntos de partida de la senda por donde debía ejercerse el tránsito, está diciendo o poniendo de manifiesto, que la intención de los contratantes fue la de sustraer del convenio la continuación del uso de aquel camino de herradura, y proyectar posteriormente otro, que consultara mejor los intereses de los fundos dominantes, que pasaron a ser propiedad del actor, como los del sirviente que quedó de propiedad exclusiva de la entidad demandada y dedicado a la explotación y siembra industriales de la caña de azúcar.

De allí, que en el contrato contenido en la escritura 336 —cláusula quinta— se hable de que, “la misma sociedad establece desde ahora (se subraya) y para siempre una servidumbre de tránsito, en favor del comprador y de sus sucesores, por los terrenos de la hacienda de “Pajonales” de su propiedad, que ponga en comunicación corta y directa, la finca de “Calabozo” de propiedad del comprador, con la Isla vendida y de que trata el ordinal a) del punto primero (Isla que hoy se llama Rayadero); y que en caso de venta de la hacienda de “Pajonales”, la Sociedad hará constar en la escritura respectiva, la servidumbre que por ésta queda constituida”. Esto es, sin referencia al camino de herradura que servía antes del convenio de medio de comunicación entre los fundos, que según el ordinal b) del mismo punto primero, adquirió el comprador la zona de terreno allí determinada y que fue identificada en el juicio como correspondiente al predio denominado “Calabozo”, que poseían en común los contratantes.

Por el otro aspecto de la cuestión, la doctrina del artículo 9º de la ley 95 de 1890, la entiende la Corte en reiterados fallos, en el sentido de que al referirse la disposición a las servidumbres discontinuas de todas clases y a las continuas inaparentes, no comprende o se aplica sino a las servidumbres voluntarias, y no a las que tengan el carácter de legales, por ser estas últimas el resultado de una imposición de la ley, hasta el punto de ser consideradas por la misma doctrina, más bien como restricciones creadas por la ley a los derechos y a la libertad de los propietarios, en provecho de los fundos vecinos.

A contrario sensu, si la servidumbre de tránsito es voluntaria y su constitución depende de un título, tiene todo su imperio el artículo 9º de la ley 95 de 1890. Y en el presente litigio, se trata de una servidumbre de tránsito voluntaria, cuyo establecimiento depende exclusivamente de un título —escritura 336— donde no se determinó la zona afectada con el gravamen, ni senda o vía alguna, ni los puntos extremos ni los intermedios de ella; ni siquiera se contempló la situación determinable sobre el terreno del predio sirviente.

No puede considerarse por otro lado, como reconocimiento expreso, la situación de hecho preexistente, ni la manifestación del apoderado de la entidad demandada, hecha en la diligencia de inspección ocular donde se hizo constar, que su representado no había prohibido el tránsito del

actor por el predio sirviente —“Pajonales”— sino que lo permitía por una senda distinta a la que se pretende reivindicar. En primer término, porque estas circunstancias no han sido alegadas en ninguna etapa del proceso por el demandante, como hecho supletorio del título constitutivo de la servidumbre, ni como fuente del derecho que reclama, sino que en la demanda, las pruebas y alegatos de conclusión se limitó a invocar el título específico constitutivo de la tantas veces nombrada escritura 336 de 1928.

Además, la servidumbre de tránsito, cuando no está determinada, resulta inaparente y discontinua, por tanto, es inaplicable el artículo 938 del Código Civil, pues, según éste, se requiere la calidad de aparente y continua para que pueda constituirse por destinación anterior, según doctrina de la Corte (Casación de 1º de noviembre de 1903, Tomo XVI).

Ahora, la manifestación del apoderado de la entidad demandada, se limitó a reconocer la existencia y legitimidad del derecho a la servidumbre, cuyo título es la escritura número 336; pero niega que ella esté especificada o determinada, es decir, que no consta la manera de ejercitar ese derecho, constituido por voluntad de las partes.

Al sustentar el Tribunal su decisión, con los fundamentos con que lo hizo, violó los artículos 906, 941 del C. C. y el 9º de la ley 95 de 1890, por los conceptos anotados por el recurrente, y por aplicación indebida, error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, al considerar que se reivindica una servidumbre inaparente de tránsito, cuando en ella lo que principalmente se pide, es la restitución “en el uso y goce” del camino o servidumbre cuya trayectoria se especifica y singulariza en la petición, no en el título constitutivo del derecho de servidumbre —escritura 336— error que lo indujo a quebrantar el artículo 943 del C. C., al dar como demostrados todos los elementos que integran la acción de dominio, inclusive la singularización del objeto materia de la reivindicación.

En consecuencia, debe infirmarse la sentencia recurrida, puesto que ella aparece acusada como violatoria, por infracción directa de los artículos citados antes y por aplicación indebida del 943, por error de hecho en la apreciación de la demanda.

No hay necesidad de entrar a considerar los otros cargos, de acuerdo con la autorización del artículo 538 del C. J. y porque además, ellos quedaron resueltos en el estudio que se hizo anterior-

mente. Sólo resta pues, expedir la correspondiente sentencia de instancia.

En la providencia de dos de octubre del año próximo pasado, revocada por la de marzo siete de este año, por los motivos que en esta última se exponen, dijo la Sala:

“Los derechos que se originan en las disposiciones del Título XI, Libro II del C. C., son susceptibles de conflictos entre sus titulares, los dueños de los predios sujetos a las relaciones jurídicas que se desprenden de la constitución del gravamen real de servidumbre, ya activa o pasivamente, que la ley protege otorgándoles acciones especiales al titular afectado con el rompimiento o el cambio de la situación existente. Es de frecuente ocurrencia, que uno de los propietarios pretenda que su predio tiene activamente la imposición de determinada servidumbre sobre otro, cuyo dueño se opone a ella y le impide o estorba en esa imposición; entonces, la ley para imponer o para que se reconozca la legitimidad de la servidumbre y se permita su ejercicio, confiere la acción “confesoria” en beneficio del predio dominante. Cuando el dueño del predio sirviente, que ha estado sufriendo el gravamen, quiere liberarlo de él, existe la acción “negatoria” para extinguir la servidumbre.

Pero cuando los propietarios de los predios sirviente y dominante, están conformes, en principio, sobre la existencia y legitimidad del derecho de servidumbre de que se trata, pero discrepen en cuanto su extensión forma o modalidad de ejercerlo o se considera necesario y conveniente variarlo, este derecho está protegido por la acción especial que se dá a los dueños de uno y otro predio dominante o sirviente para que judicialmente se fije con precisión aquel modo o forma de ejercer legalmente el derecho real de servidumbre o para que se varíe o cambie, teniendo en cuenta no sólo los factores materiales, sino los económicos que determinaron su constitución.

El ejercicio de cada una de estas acciones, tiene señalado expresamente en el Código Judicial vigente —ley 105 de 1931— un procedimiento especial, inclusive la consecuencial para la fijación de las indemnizaciones a que hubiere lugar —artículo 872 y ss.—. En el Código anterior derogado, debía acudirse a la vía ordinaria.

En el caso *sub judice*, escogió la vía ordinaria el demandante, a pesar de tratarse de una de las acciones especiales, la última de las nombradas, y el Juez del Circuito de Ambalema, así admitió la demanda. Pero el demandado en su contesta-

ción la objetó o excepcionó de carencia de acción en el actor, de petición de modo indebido o antes de tiempo, alegando estarse “reivindicando una servidumbre discontinua inaparente de la cual no se encuentra en posesión el demandado” y porque “los hechos apenas si sindican a éste de estar perturbando a aquél en el ejercicio de ella”, y bajo esta tramitación falló la controversia.

El Tribunal de Ibagué tramitó la segunda instancia como si se tratara de la apelación de una sentencia que pone fin a la de primera en un juicio ordinario, a pesar de la insistencia del demandado en la alegación de las excepciones propuestas.

Los antecedentes del litigio determinan que los interesados están de acuerdo, en principio, sobre la existencia y legitimidad del derecho de servidumbre constituido por la escritura 336 de 29 de agosto de 1928, pero como en ésta no se determinó la zona que quedaría afectada con el gravamen, sobre el terreno del predio sirviente, ni la vía o senda por donde debe hacerse el tránsito, ni acordaron posteriormente su modalidad, surgió la discrepancia entre los contratantes. El actor sostiene que debe ser por el camino de herradura que venía usando el primitivo dueño de “La Favorita, S. A.”, del predio sirviente “Pajonales”, antes de la constitución del gravamen o derechos de servidumbre; el demandado, no acepta esa determinación e indica sitios y sendas por donde puede ejercerse la servidumbre de acuerdo con el instrumento público citado, e impide y estorba el uso del camino viejo, alegando para ello, el hecho de no estar determinado en ninguna forma, en el título constitutivo del derecho, y sobre el terreno del predio sirviente la imposición, linderos y extensión del gravamen, ni su forma o modo de ejercerlo, pues allí, no se habla sino de la constitución “desde ahora” y para siempre de una servidumbre de tránsito, por los terrenos de la hacienda de “Pajonales”, que ponga en comunicación corta y directa la finca “Calabozo” con la Isla de Rayadero, como se desprende del texto de la cláusula quinta.

Así las cosas, la demanda debió interpretarse en su conjunto, en coordinación la parte petitoria con los hechos fundamentales que le sirven de apoyo, los cuales tienen relación exclusivamente con la fijación de linderos, extensión y modalidad del derecho de servidumbre constituido por la escritura 336. Esto es, se trataba del ejercicio del derecho protegido por la acción especial institui-

da en los artículos 872 y ss. del C. J. y no de la ordinaria de reivindicación del derecho real de servidumbre.

De todo lo cual hay que deducir la existencia de la excepción perentoria de petición antes de tiempo, propuesta y alegada por la entidad demandada y plenamente probada en el juicio.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal de Ibagué de 25 de junio de 1948 y revocando la de primera instancia de fecha 5 de noviembre de 1947 originaria del Juzgado Civil del Circuito de Ambalema, desata este litigio así:

Declárase probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo, propuesta por la entidad demandada, como medio de defensa contra la acción reivindicatoria que se ventila en este juicio.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y en la debida oportunidad devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas.
Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas.
Hernando Lizarralde, Secretario.

CUANDO UNA SENTENCIA SE APOYA EN VARIAS APRECIACIONES, EL RECURRENTE EN CASACION DEBE ATACARLAS TODAS, CUANDO CUALQUIERA PUEDE SERVIR DE SUFICIENTE SUSTENTO DEL FALLO RECURRIDO.

Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar al estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril veinte y dos de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

José Nicolás Delgado promovió ante el Juez 2º Civil del Circuito de Bogotá juicio ordinario contra Marco L. o Marco N. Moreno O. para que se declare resuelto por incumplimiento del último el contrato consignado en la Escritura Pública número 5545 de 12 de diciembre de 1945, de la Notaría Cuarta de Bogotá, por medio del cual Delgado dio en venta a Moreno el inmueble que allí se describe; para que se condene al demandado a restituírselo junto con sus frutos, y a pagarle las costas del juicio.

Como hechos de la demanda se expusieron los siguientes:

"1º Aquí se afirma la celebración por medio del mencionado instrumento del contrato de compraventa a que ya se aludió.

"2º El precio de dicha venta fue la cantidad de siete mil pesos (\$ 7.000.00) moneda corriente, suma que el comprador se obligó a pagar así: quinientos pesos (\$ 500.00) que dio en el acto del otorgamiento de la escritura dicha a Delgado y que éste confesó haberlos recibido a su satisfacción; un mil pesos (\$ 1.000.00) que Delgado G. dejó en poder de Moreno O. para pagar con ellos y a su vencimiento el crédito hipotecario constituido a favor de la señorita Felicitas Forero, constituido tal crédito por escritura número 4442 del 6 de octubre de 1945, ante el Notario 4º de Bo-

gotá, y los cinco mil quinientos pesos restantes (\$ 5.500.00) que Moreno O. debió pagar a Delgado noventa días después del doce de diciembre de 1945, o sea, el 12 de marzo de 1946".

"3º El crédito hipotecario constituido por José Nicolás Delgado a favor de Felicitas Forero, mediante la Escritura Pública número 4442 de 6 de octubre de 1945, ante el Notario 4º de Bogotá, debió pagarse por Moreno O., con el dinero que dejó Delgado en su poder para esto, el día seis (6) de octubre de 1946.

"4º Marco L. Moreno no ha pagado al vendedor José Nicolás Delgado, ni tampoco lo ha hecho ninguna otra persona en nombre de Moreno O., los referidos cinco mil quinientos pesos (\$ 5.500).

"5º Marco L. Moreno no ha cancelado hasta el día de hoy, ni tampoco lo ha hecho ninguna otra persona o entidad en su nombre, los mil pesos que quedaron en su poder para cancelar el crédito por igual suma constituido a favor de la señora Felicitas Forero, mediante la Escritura número 4442 del 6 de octubre de 1945, ante el Notario 4º de esta ciudad y de que se dio cuenta anteriormente.

"6º En el juicio de separación de bienes promovido por Alicia Uricoechea de Delgado contra José Nicolás Delgado, que cursa ante el señor Juez 2º Civil del Circuito de Bogotá (hoy en el Tribunal), se libró oficio a Marco L. o Marco N. Moreno, diciéndole se abstuviera de pagar a José Nicolás Delgado C. la suma de cinco mil quinientos pesos (\$ 5.500.00) que le adeudaba en concepto de parte del precio del inmueble materia de la compraventa consignada en la Escritura Pública número 5545 del 12 de diciembre atrás mencionada.

"7º En providencia fechada el 13 de marzo de este año (1946), proferida por el mismo Juzgado 2º Civil de este Circuito y en el juicio referido en el hecho 6º anterior, se ordenó nuevamente a Moreno O., aquí demandado, consignara los cinco mil quinientos pesos (\$ 5.500.00) que quedó debiendo a Delgado, demandante, en el Banco de la República de Bogotá, a órdenes del Juzgado 2º en lo Civil de este Circuito de Bogotá, y por cuen-

ta del juicio de separación de bienes de Alicia Uricoechea contra José Nicolás Delgado”.

El demandado contestó negando algunos hechos, aceptando el 4º, oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas, y afirmando que el pago a Delgado de los cinco mil quinientos pesos (\$ 5.500.00) no se lo hizo por habérselo ordenado así el Juez 2º Civil del Circuito en oficio número 86 de febrero 27 de 1946, en el cual no se le ordenó que consignara esa suma en el Banco de la República.

En la correspondiente oportunidad el Juez del conocimiento falló el pleito absolviendo al demandado de los cargos que se le formularon, y el Tribunal Superior de Bogotá que conoció del negocio por recurso de apelación concedido al actor, confirmó la decisión recurrida en la suya del veinte y tres de junio de mil novecientos cuarenta y nueve.

En ese fallo el Tribunal dice, entre otras cosas, que el actor tiene personería suficiente para ejercitar la acción resolutoria que propuso; que de los términos del contrato de compraventa resulta que el comprador Moreno asumió dos obligaciones principales, que fueron: a) Cancelar a la acreedora hipotecaria Felicitas Forero el crédito de \$ 1.000.00, a más tardar el 5 de octubre de 1946, y b) Pagar al vendedor el saldo del precio estipulado al vencimiento del plazo de 90 días, o sea el 11 de marzo de 1946; que aquélla fue cancelada el 27 de enero de 1948, lo que indica que el demandado retardó o demoró más de un año, después del vencimiento del plazo contractual, el cumplimiento de esa obligación; que al asumir Moreno el compromiso de que trata el aparte a) referido, no hubo novación de la deuda, sino una delegación imperfecta para el pago, por cuanto la acreedora no intervino en el contrato ni dio por libre al primitivo deudor; que por ello el demandante podía alegar en principio contra el demandado, ese motivo de resolución del contrato; que la cancelación del crédito en referencia se hizo después de trabada la litis; que esa obligación asumida por Moreno respecto a la Forero “no es de aquellos en que la mora se produce fatalmente con el transcurso del plazo, cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla (artículo 1608, 2º)”; que siguiendo la doctrina de expositores franceses, cuando se demanda la resolución del contrato con base en la condición resolutoria tácita, aquél subsiste durante la litis y el acreedor conserva la

facultad de renunciar expresa o tácitamente a la resolución y optar por la ejecución, porque esos son derechos renunciabiles; que en el caso de autos la acreedora Forero recibió del comprador el pago del crédito hipotecario; que ese pago lo recibió de buena fe y “de quien podía hacerlo válidamente como representante del deudor inicial, Delgado (artículos 1630 y 1634 del Código Civil) por lo cual se extinguió la obligación que estaba garantizada con la hipoteca”; que eso es así porque Moreno no obró como tercero ajeno a la deuda “sino que obró por encargo del deudor primitivo”.

Por consiguiente, agrega el fallo, “visto este acto de ejecución o cumplimiento parcial del contrato sobre que se discute, consentido inequívocamente por el acreedor y de innegable efecto extintivo hacia el demandante Delgado; teniendo presentes los principios de buena fe (artículo 1603 del C. C.) en la ejecución de los contratos de reciprocidad y equivalencia en las prestaciones derivadas de los contratos bilaterales (1609), y la teoría jurídica de la mora del deudor en cuanto le permite confiar en cierta tolerancia de su acreedor cuando, vencido el plazo, no le reclama el pago y se contenta con recibirle los intereses accesorios de la deuda, concluye la Sala sentenciadora por encontrar en dicho pago un desistimiento tácito de la acción resolutoria en marcha, por la causal alegada en la demanda y referente al incumplimiento del demandado Moreno respecto a su obligación de cancelar aquella hipoteca, o, al menos un cumplimiento retardado pero excusable del deudor que enerva en el acreedor el derecho a obtener la resolución del contrato por ese motivo alegado en la demanda”.

Después dice el sentenciador que si se toman en cuenta las circunstancias, la orden de retención que en el juicio de separación de bienes de los esposos Delgado-Uricoechea se dio al demandado sobre “el saldo de \$ 5.500.00 del precio del inmueble, la adjudicación hecha a la esposa Alicia, por concepto de gananciales, del crédito hipotecario a cargo del comprador Marco L. Moreno y a favor de José Nicolás Delgado de que trata la escritura pública número 5545 de 12 de diciembre de 1945, como se relatará en seguida, tenemos también que la resolución de ese contrato resulta imposible en la práctica porque al comprador Moreno no pueden serle restituidos inmediatamente los \$ 5.500.00 que depositó en el Banco de la República por orden del Juzgado 2º Civil

de este Circuito y que tenía destinados a completar el pago del precio del inmueble”.

Finalmente dice el sentenciador que en oficio número 86 de 27 de febrero de 1946 emanado del Juzgado 2º del Circuito, que conocía del citado juicio de separación de bienes, ordenó a Moreno que se abstuviera de pagarle al demandante el saldo de \$ 5.500.00 que le adeudaba por concepto de la venta, cuando todavía no se había vencido el plazo de 90 días que tenía para cancelarlo y que después en el mismo juicio se notificó a Moreno el 1º de febrero de 1947 el auto que dispuso que consignara la supradicha suma, consignación que hizo Moreno el 8 del mismo mes, y la cual se encontraba vigente el 29 de octubre de 1948, fecha de la demanda; que esas órdenes judiciales colocaron al deudor en imposibilidad de cumplirle al demandante la obligación de pagarle dentro del plazo los \$ 5.500.00, saldo del precio, y que ellas constituyeron para aquél una fuerza mayor, extraña a su voluntad.

Fundado en esas consideraciones el sentenciador confirmó el fallo apelado.

Al actor se le concedió el recurso de casación que hoy se procede a decidir, después de cumplida la tramitación de rigor.

El recurrente invoca contra la sentencia la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y apoyándose en ella propone los cargos que en seguida se resumen:

a) Afirma el recurrente que el sentenciador quebrantó directamente el artículo 1608 del C. C. e indirectamente los artículos 1546 y 1930º de la misma obra al sostener que la mora de Moreno en cancelar el crédito hipotecario de la Forero no es de aquellas en que la mora se produce fatalmente por el transcurso del tiempo, por tratarse aquí de una condición resolutoria tácita, pues la primera de las citadas disposiciones, diáfana y perentoriamente dispone que hay mora cuando el deudor ha dejado pasar el plazo sin ejecutar la obligación, sin que al estatuir así en manera alguna distinga entre condición resolutoria expresa o tácita, y porque las dos disposiciones últimamente citadas consagran la acción resolutoria tácita por la mora para todos los contratos bilaterales y especialmente para el de venta;

b) Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar el contrato de compraventa y llegar a las siguientes conclusiones: a) Que Moreno, para efectos del pago a la Forero representaba al acree-

dor; b) Que Moreno no obró como tercero en dicho pago, y c) Qua el pago fue hecho durante la litis, y al encontrar en dicho pago, cumplido en esas condiciones, un desistimiento tácito de la acción resolutoria, quebrantó las siguientes disposiciones: el artículo 1630, al ser aplicado en el caso en cuestión, cuando lo que en él se regula es el pago hecho por un tercero; los artículos 1625 y 1634, por aplicación indebida, porque aquí lo que se discute es si el pago lo hizo Moreno como obligado por el contrato de compraventa, dentro del plazo en que se obligó a hacerlo, y que como lo hizo —como el Tribunal lo acepta— ya vencido ese plazo, carecía entonces de facultad para pagar en nombre de Delgado, y la situación jurídica se desplazó al campo del pago hecho por un tercero, que no puede extinguir la condición resolutoria;

c) Aquí afirma que el fallo sostiene en síntesis “que Moreno por encargo de Delegado, hizo el pago; que como lo efectuó durante la litis, tal pago implica un desistimiento tácito de la acción resolutoria en marcha; a lo cual observa que si el pago se hizo “por encargo”, hay un mandato de conformidad con el artículo 2142 del C. C.; que según el artículo 2198 ibidem el mandato termina “por la expiración del término o por el evento de la condición prefijados para la terminación del mandato”; que en consecuencia, si a Moreno se le encomendó hacer el pago dentro del plazo predeterminado en la obligación de la Forero y no lo hizo así, expiró el mandato, el Tribunal quebrantó los artículos 2142 y 2189 ya citados;

c bis) Dice que al aceptar la sentencia la desistencia tácita de la acción resolutoria quebrantó el artículo 462 del C. J., que no contempla esa forma de desistimiento; que además al admitir a Moreno como mandatario de Delegado para hacer el pago, aún después de expirado el mandato y al tener ese pago como un desistimiento tácito en nombre de Delegado, el Tribunal, quebrantó también los arts. 1546, 1608 y 2157 del C. C., y mucho más si se estima, como debe estimarse, la demanda presente como una revocación tácita del expresado mandato;

d) Afirma el recurrente “que el Tribunal incurrió en error de derecho por aplicación indebida del art. 1630 del C. C., reputando como pago hecho por un tercero el que efectuara Moreno a Felicitas Forero”. Expone algunas consideraciones sobre este punto y después dice: “Además, siendo favorable al deudor la extinción de su obligación, no debe permitirse que el acreedor lo impida opo-

niéndose arbitrariamente a que la extinga un tercero. En esto se funda el inciso 1° del art. 1630. Pero cuando se trata no de pago, sino del cumplimiento de una condición de que se origina la adquisición de un derecho, el pago y —ese derecho no puede confundirse, sin grave error de derecho y sin violación de los artículos 1630, 1546, 1930 y 1608 del C. C., como aquí acontece”.

f) Alega que al aceptar el Tribunal que Moreno hizo el pago a Felicitas Forero cuando de las pruebas que cita no resulta quien fuera la persona que hizo esa cancelación incurrió en error de hecho en la apreciación de tales pruebas y quebrantó consecuentemente el artículo 593 del C. J.; y

g) Afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar las órdenes judiciales de las cuales dedujo la existencia de fuerza mayor que impidió a Moreno el cumplimiento oportuno de cancelar el saldo del precio de la compraventa o sea la suma de \$ 5.-500.00 pues el fallo omitió considerar para llegar a esa conclusión dos elementos probatorios de suma importancia cuales son: a) El auto de 13 de marzo de 1946 dictado en el juicio de separación de bienes precitado que fue notificado a Moreno el 1° de febrero de 1947, que no señaló plazo para la consignación en el Banco de la República del saldo del precio; y b) la circunstancia de que por medio del hecho 7° de la demanda en que se expresa el contenido de ese auto, Moreno quedó enterado en forma auténtica de la existencia del proveído en que se le ordenaba hacer la consignación, la que no hizo sino un año después, o sea en febrero de 1947.

Acerca del primer error dice que, conforme a lo estatuido en el artículo 327 del C. J., el demandado Moreno debió hacer la consignación del dinero al día siguiente de la notificación y no la hizo sino ocho días después, por lo cual el Tribunal incurrió en error al apreciar esa orden, tardíamente cumplida, y quebrantó la citada disposición.

Sobre el segundo, dice que Moreno no podía alegar el desconocimiento de la orden de consignación, porque quedó enterado de ella por la notificación de la demanda, y que como no la hizo sino un año después, el pago quedó pendiente y se produjo una mora voluntaria del deudor, por cuyo motivo no puede alegarse la existencia de fuerza mayor que le impidió hacer la consignación oportunamente y que en virtud de ese error el Tribunal quebrantó los artículos 593 y 597 del C. J.

Agrega que como consecuencia de los citados errores el fallador quebrantó el artículo 64 del C. C., por aplicación indebida al caso del pleito, ya que los elementos que conforman la fuerza mayor no existen, sino al contrario, actos de autoridad conocidos por el demandado y desobedecidos por él.

Se considera:

Se ha detenido la Sala en hacer el resumen pormenorizado de todos los cargos que para sustentar el recurso se formulan, para así poder aseverar, como lo hace, que el recurrente ha incurrido en la grave omisión de no atacar la integridad de las razones en que se apoya la decisión absoluta del Tribunal.

De lo que antes quedó sintetizado y copiado de esa providencia se ve con toda claridad que en ella se aducen cuatro consideraciones principales para llegar a la citada decisión, las cuales, compendiándolas, son las siguientes:

Primera.—Que el pago hecho a la Forero por el deudor, durante la litis, y por encargo del demandante, envuelve un desistimiento tácito de la acción resolutoria;

Segunda.—Que al menos existe cumplimiento retardado, es decir, mora de parte del demandado, que es excusable, y no culpable, que “enerva en el acreedor el derecho a obtener la resolución del contrato por ese motivo alegado en la demanda”;

Tercera.—Que las circunstancias particulares que el fallo cita resultantes del juicio de separación de bienes determinan “también que la resolución de ese contrato (el de compraventa) resulta imposible en la práctica”; y

Cuarta.—Que existe fuerza mayor que impidió al demandado el pago oportuno del saldo del precio convenido.

De esas consideraciones el recurrente acusa la primera y la cuarta, pero no combate en forma alguna ni la segunda ni la tercera. La falta de ataque en casación de esos extremos de la sentencia determina, aún en el evento de que resultaran fundadas las acusaciones propuestas, la ineficacia del recurso ya que dada la naturaleza extraordinaria de éste, la Corte no podría examinar oficiosamente ninguno de esos extremos que do

suyo son suficientes para mantener el fallo recurrido.

En presencia de estas situaciones la Corte ha dicho en reiterada jurisprudencia:

“Aunque el recurrente acusa la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado”. (Casación, 23 marzo de 1918, T. XXVI, pág. 250).

En idéntico sentido se pronunció la Sala en sentencias de casación de 7 de marzo y 5 de junio de 1951. (G. J. T. LXIX págs. 332 y 683).

Por lo expuesto se rechazan los cargos a que se ha hecho referencia.

En mérito de las precedentes consideraciones, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veinte y tres (23) de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la oficina de origen en su oportunidad.

Pedro Castillo Pineda—Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CIVILES CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACION.—A LOS PRIMEROS PUEDEN APLICARSE LAS NORMAS DE LA LEGISLACION COMUN SOLO CUANDO FALTAN DISPOSICIONES ESPECIALES Y SIN DESCONOCER LAS DIFERENCIAS ENTRE AQUELLOS CONTRATOS Y LOS CIVILES. — LA VIOLACION DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO O DE LA LEY O DECRETO QUE LO APROBO, NO PUEDE DAR LUGAR POR SI SOLA A CASACION DEL FALLO. — ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

1—En sentir de la Corte, siguiendo la doctrina del expositor Gastón Jeze (Principios Generales de Derecho Administrativo, Tomo IV, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, págs. 191 y ss.), la Administración Pública puede celebrar contratos de derecho privado y contratos administrativos propiamente dichos. En los primeros, la ejecución de las respectivas obligaciones de las partes contratantes, se regula pura y simplemente por las reglas del derecho privado, contenidas en los códigos civil y de comercio; en los segundos, o sea, en los contratos administrativos, por el hecho de que el contratante se convierte, en mayor o menor medida, en un verdadero colaborador de la Administración para el funcionamiento de un servicio público, o de la explotación de bienes fiscales, las obligaciones quedan sometidas a un régimen más estricto o más riguroso que se regula directamente por las normas del derecho público, contenidas en la Constitución, en el código fiscal, etc. A este respecto dice el expositor citado: "Se trata, pues, de un error grosero, que un jurisconsulto no debe cometer, querer aplicar, en razón de la aparente analogía, las reglas del derecho privado establecidas para el contrato de compraventa, al contrato administrativo de suministros, o las reglas del derecho privado dictadas para el contrato de locación de obras, al contrato administrativo de obras públicas".

Esto no implica, como es claro, que la Corte modifique o rectifique su jurisprudencia, sentada en repetidos fallos, de que, cuando faltan disposiciones especiales, se apliquen a los contratos administrativos las normas de la legislación común sin desconocer las diferencias entre aquellos contratos y los contratos civiles.

2—Un contrato administrativo propiamente dicho, aunque acto del poder público no es, ni podría ser, como tampoco el Decreto o la Ley que lo aprobara, ley sustantiva, cuya violación, caso de haberse demostrado, le abra la puerta al recurso extraordinario de casación.

3—Como lo dijo la Corte en sentencia de 14 de febrero de 1919: "Cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho, originada de las pruebas mismas que se han aducido no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa". (G. J., T. XXVII, pág. 158).

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y dos.
(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo)

Pedraza y Corradine contra el Banco de la República

Antecedentes:

1—El señor Ministro de Hacienda, en nombre del Gobierno Nacional, y el señor Gerente del Banco de la República, en representación de éste celebraron un contrato por documento del doce de diciembre de 1931, aprobado luego por el Decreto 2214 del propio año, cuyo fin principal fue concederle al Banco, de manera exclusiva, la explotación de salinas terrestres situadas en el Departamento de Cundinamarca, entre otras, de la salina de Zipaquirá. Por la cláusula cuarta de aquél documento el Banco quedaba autorizado por el Gobierno, para establecer ventas de agua

sales y de otros productos de aquellos yacimientos, a juicio del concensionario, con facultad para reglamentar "en forma comercial y moderna la explotación y beneficio de las salinas y de sus productos". Pero se hizo la salvedad de que "en lo relacionado con los precios de venta de los productos de las mismas salinas, el Gobierno y el Banco procederían en común acuerdo, etc."

2—Vino la ley 264 de 1938 que disponía en su artículo 5º: "Art. 5º—Se autoriza al Gobierno para que celebre y firme, sin posterior aprobación del Congreso, una nueva convención con el Banco de la República, con el objeto de que los precios de las aguas sales que se expenden a los elaboradores en las salinas de Zipaquirá, Nemocón, Tausa y Sesquilé así como la sal vijua, sean rebajados a la mitad del precio actual de venta por decalitro. Se estipulará también un precio un poco mayor para las sales que comprenden los elaboradores que en el curso de un año, a partir de la fecha inicial de la rebaja, no sean socios de una Cooperativa cuya formación procederá el Gobierno a iniciar. La citada rebaja se hará por terceras partes en el curso de tres años."

"El Gobierno hará una rebaja igual en las otras salinas nacionales que no estén contratadas con el Banco".

3—El 13 de abril de 1939, firmaron los señores Ministros de Economía y Hacienda con el señor Gerente del Banco de la República, un convenio para dar "ejecución inmediata a la citada ley 264 de 1938, en lo que se refiere al convenio necesario para la rebaja del precio actual de venta de la sal de las salinas cuya explotación tiene el Banco de la República". Parte de ese nuevo acuerdo fueron las cláusulas a) y b); por la primera se rebajaba "a la mitad los precios actuales de venta de las aguas sales que se expenden a los elaboradores en las salinas de Zipaquirá, etc.", rebaja que se haría efectiva por terceras partes en el curso de tres años; por la segunda "Para las sales que comprenden los elaboradores que en el curso de un año a partir de la fecha inicial de la rebaja no sean socios de una cooperativa cuya formación procederá el Gobierno a iniciar, el Gobierno y el Banco estipularán por convenios posteriores un precio un poco mayor para los respectivos artículos, etc."

4—El 7 de diciembre del mismo año de 1939, por medio de la nota N° 5303, el Secretario del Ministerio de la Economía Nacional se dirigió, en nombre del Gobierno al Banco de la República y, tomando en consideración que la Cooperati-

va constituida según lo previsto en la ley 264 de 1938, no podrían beneficiarse de la diferencia de precios antes del plazo señalado por dicha ley, que era el de un año, y con el fin de evitar competencias entre los elaboradores de aguas sales, sugiere aquel funcionario que se proceda, por mutuo acuerdo entre el Gobierno y el Banco, a reglamentar inmediatamente el expendio de agua sal en forma que limite la venta para los elaboradores establecidos en Zipaquirá, etc., a cantidades que no excedan, en promedio, de las que hubieran adquirido aquellos elaboradores durante el primer semestre de 1939. No se limitó el Secretario General del Ministerio de la Economía a formular simplemente la sugestión, sino que le envió al Banco una minuta para redactar el oficio que debería pasarse al Administrador de las Salinas, a efecto de poner en práctica el nuevo plan de ventas limitadas de agua sal a los elaboradores, fueran o no cooperados.

5—La Junta Directiva del Banco, en sesión del 13 de diciembre de 1939, y el Comité Ejecutivo del mismo en sesión del día siguiente, estudiaron el punto en la forma de que dan fe las respectivas actas, a saber:

"Acta N° 1203 de la sesión de 13 de diciembre de 1939, a las 11 y 30 a. m., se reunió la Junta Directiva del Banco de la República, con asistencia de sus miembros señores Gacharná, Presidente, Cuéllar, García Ortiz, López de Mesa, Lleras, Mejía, Michelsen, Prieto y Thompson, y de los señores Gerente, segundo Subgerente, Auditor y Abogado del Banco. VIII. Solicitud de Cooperativas de Salinas. Presenta el señor Gerente la nota N° 5303 del Ministerio de la Economía Nacional, relativa a un memorial que la Cooperativa de Sales Ltda. ha dirigido al Ministerio pidiendo que se dicten medidas para proteger a dicha sociedad de la competencia que los elaboradores de sal no cooperados le están haciendo, para lo cual solicita que se limite la venta de agua sal a los elaboradores fijando cupos de venta iguales a las cantidades compradas por ellos en el primer semestre de 1939. El señor Lleras observa que esa medida no sería legal y que habiendo sido el objeto de la baja en los precios de la sal aumentar el consumo de ésta, limitando la venta de la materia prima no se podría atender a ese aumento. El señor Cuéllar sugiere que se fijen cupos mensuales para la venta del agua sal. El señor Prieto insinúa que se calcule el probable aumento en el consumo de sal y se aumente proporcionalmente el cupo de venta de agua sal a los elaboradores. Finalmente

se dispone que el asunto pase al Comité Ejecutivo del Banco para que lo estudie con el Ministerio de la Economía y resuelva lo que estime conveniente...”.

“Acta N° 516 de la sesión del Comité Ejecutivo del mismo Banco habida el 14 de diciembre de 1939. A las 4 45 p. m. del día 14 de diciembre de 1939, se reunió el Comité Ejecutivo del Banco de la República, con asistencia de sus miembros, señores Eduardo Cuéllar y A. C. Thompson y de los señores Gerente, 2º Subgerente, Auditor y Abogado del Banco. Estuvieron también presentes los señores Francisco Ruiz, secretario del Ministerio de la Economía Nacional, Dario Botero Isaza, Gerente de la Cooperativa de Productores de Sal, Ltda. y Moisés Prieto, Auditor de la misma. I.—Cupo para venta de agua sal. El señor Botero Isaza manifiesta que el objeto de la reunión es el estudio de la medida que proyecta la Cooperativa de fijar cupos para la venta de agua sal a los elaboradores, tomando como base lo vendido en el primer semestre del presente año, y explica que tal medida tiene por objeto evitar la competencia que los elaboradores no cooperados podrían hacer a los miembros de la Cooperativa, quienes están sometidos al cupo, pudiendo aquéllos, que son unos pocos, aumentar inconvenientemente la producción, poniendo en actividad hornos que hace tiempo están suspendidos, varios de los cuales tiene tomados en arrendamiento la Cooperativa, en asocio de la Salinera de los Andes, para evitar una superproducción del artículo. El señor Cuéllar llama la atención al aspecto legal de la medida expresando la duda de que se pueda negar la venta de agua sal a quienes quieran comprar pero el señor Ruiz informa que tiene el concepto del Abogado del Ministerio de que sí se puede tomar esa medida, teniendo en cuenta que se trata de la administración de un bien nacional, no de utilidad pública. El señor Gerente del Banco observa que debe tenerse en cuenta el probable desarrollo del consumo de sal, y el señor Botero manifiesta que a eso se atenderá revisando periódicamente la base de los cupos de venta de agua sal y agrega que la política de la Cooperativa está encaminada a atraer a ella a todos los elaboradores. Finalmente, el Comité imparte su aprobación a la medida propuesta por la Cooperativa. A las 5 y 30 p. m. se levantó la sesión...”.

6—Aquel mismo 14 de diciembre de 1939 comunicó lo acordado el Gerente del Banco de la República al Administrador General de Salinas, por

medio de la carta N° 10.606 cuyo texto es como sigue:

“Señor Administrador General de Salinas —Zipaquirá— Estimado señor y amigo: Comunicamos a usted que en sesión de esta fecha, el Comité ejecutivo del Banco, debidamente autorizado por la Junta Directiva y de acuerdo con el concepto favorable del Ministerio de la Economía Nacional, resolvió que a partir del día 16 del presente, las ventas mensuales de agua salada a los elaboradores de Zipaquirá, Nemocón, Tausa y Sesquile, solamente podrán hacerse por cantidades iguales a las que cada uno de ellos compró, en promedio mensual, en el primer semestre del año en curso. Esta medida es de carácter general y comprende, en consecuencia, a los socios de la Cooperativa de Elaboradores de Sal y a quienes no forman parte de tal entidad. Rogamos a usted, etc.”.

7—Sobre la base de lo que se deja transcrito se produjo la Resolución N° 185 tomada por el señor Administrador General de Salinas y por ella “se establecen las cantidades de materia prima que se pueden vender a los elaboradores de las salinas administradas por el Banco de la República”. Dicha providencia hace mérito de la autorización previa de éste, otorgada por la carta citada en el numeral anterior. Formula un considerando y a renglón seguido expresa: “Que de acuerdo con el promedio obtenido se venda mensualmente a los siguientes elaboradores, los decalitros de agua salada que a continuación se expresan:”. Para la salina de Zipaquirá incluye en la lista al rededor de 25 elaboradores entre los cuales figura el señor Juan Honorato García, citado en el proceso como vinculado al negocio con los demandantes; a ninguno de éstos, sin embargo, se menciona entre los que pueden adquirir agua salada.

8.—El 27 de diciembre de 1939 dirigió desde Zipaquirá el Administrador General de Salinas una carta al señor Arturo Corradine, en respuesta a un memorial de éste, de fecha del día anterior, y le dice que, revisados los libros de estadística de los compradores de agua salada del año de 1932 en adelante, o sea durante la época de la concesión al Bco. de la República, aparece que dicho señor Corradine compró las cantidades que allí se especifican: de abril a diciembre de 1932, 76.000 decalitros de agua salada; de enero a septiembre de 1933, 91.000 decalitros; salta luego de ese mes hasta el de febrero de 1938 y resulta que incluyendo a abril de tal año le vendieron 24.600 decalitros en 1938. Agrega la carta que “en el pro-

sente mes de diciembre ha reanudado usted sus labores como elaborador y, al efecto ha comprado 12.000 decalitros de salmuera", y luego concluye: "No figura usted entre los elaboradores a quienes se les puede vender materia prima, porque de acuerdo con lo ordenado por el Gobierno y el Bco. de la República, solamente se les venderá a los elaboradores una cantidad en el mes, igual al resultado del promedio obtenido de las compras hechas en el primer semestre del presente año, y como usted no figura en los libros como comprador en ese período, no fue posible incluirlo en la lista de los actuales compradores".

9.—El 3 de enero de 1940 presentó el señor Arturo Corradine un memorial, ante el Alcalde de Zipaquirá, dirigido a la Junta del Banco de la República, documento en que se queja por la negativa del Administrador de las salinas a venderle agua salada; dice el reclamante, entre otras cosas: "... hace más de veinte años que tengo establecida en la ciudad de Zipaquirá la industria de fabricación de sales, a la cual he aportado varios años de existencia y labor continua, amparado hasta ahora por las leyes que han existido y que existen sobre la materia y de un modo especial por lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Nacional. Es el caso que encontrándome trabajando en la citada industria de sales, al acercarme a comprar en las oficinas de venta de sales de la Administración de Zipaquirá, el agua salada que necesito para mi industria citada, de una manera intempestiva o sin aviso previo, no se me vende el agua salada dizque por disposición del Banco de la República. Como la industria de sal legalmente es libre desde hace muchos años, al establecer diferencia como se pretende hacer según me lo han informado, se establecería un monopolio en favor de las personas preferidas, lo que es injusto e ilegal y contrario a lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Nacional en el que se prohíbe establecer monopolios que no sean como arbitrio rentístico y en virtud de la Ley y se prohíbe conceder privilegios, salvo que se refieran a inventos útiles o a vías de comunicación. Además, en el presente caso, los que no hemos quedado como preferidos, quedaremos en un estado de inferioridad con relación a los preferidos, que no solamente están en contra de la dignidad humana, sino también con nuestras prácticas republicanas, pues con esa preferencia para unos en contra de la mayoría de los ciudadanos, sería tanto como condenar a morir de hambre a los no preferidos y de un modo especial a los que

hemos ejercido esa industria durante la mayor parte de nuestra vida, por tener vinculada nuestra existencia a ella y de ahí que al establecerse ese monopolio, de acuerdo con lo dispuesto en la citada disposición, se nos debe indemnizar plenamente y de un modo previo... No me explico cual sea la causa para limitar la venta de aguas saladas en momentos en que hay un enorme pedido de sal, en que hay escasez de este artículo de primera necesidad en varios puntos de la República" aún aquí en Bogotá y en la misma ciudad de Zipaquirá, en donde los intermediarios o dueños de almacenes de víveres, no encuentran quién les venda sal al detal para el consumo del público. No puede ser porque no haya la materia prima o agua salada, porque en el tiempo transcurrido de 1910 a 1924 o hasta la época en que se construyó el gran tanque Abadía y de un modo especial por los años de 1916 a 1922, hubo días de venderse 80.000 decalitros de agua salada, en ese entonces, sin tanques, pues no existía ni el gran tanque Abadía ni los demás que posteriormente se construyeron, que tampoco había agua dulce suficiente para la saturación, en cambio hoy existe el gran tanque Abadía y muchos más y la Salina tiene la gran cantidad de agua de Pantano Redondo, con que puede abastecer no solamente los pedidos de agua salada, aun cuando sean diez veces mayores que en años anteriores, sino que también puede abastecer el consumo del Acueducto público de Zipaquirá; luego no veo que la reducción de la venta de agua salada tenga por causa la falta de ésta, porque como lo he dicho, si cuando la Salina estaba administrada por el Gobierno Nacional, no se registró jamás el caso de que el agua salada no se vendiera a quien la necesitara, hoy que dicha salina está mejor administrada por el Banco de la República, debe venderse dicho artículo con mayor atención y prontitud al que lo solicite, debe haber mayores garantías en cuanto a los derechos ciudadanos. No solamente recibimos perjuicio los industriales y el público en general con el monopolio que se ha establecido al no venderle sino a determinadas personas el agua salada, sino también las rentas de la Nación se perjudican como también el Banco, luego el citado monopolio lejos de tener como base el aumento de la renta de la Nación tal como lo ordena la Constitución Nacional, está contra ella y por este aspecto no puede subsistir. Esa honorable Junta debe tener en cuenta que todos los habitantes de Zipaquirá vivimos, ya directamente ya de un modo indirecto de la industria

de sales, así el industrial maneja el rodaje de esa industria, el obrero coopera con su trabajo, pero tanto el industrial como el obrero con el producto de esa industria provee al sostenimiento no solamente de sus familias sino también de las familias del dueño de la tienda o almacén, o vivandero, en donde compra los artículos de consumo, luego por este aspecto el monopolio de sales que se ha pretendido establecer, es contrario al interés general o contrario al orden público establecido en Zipaquirá tanto más que al reducir la venta de agua salada se reduce la producción de sal y el trabajo del obrero. Las leyes sociales favorecen a los empleados y obreros con aumentos de salarios, descanso dominical, indemnización o cesantía, etc., en vista de esas leyes un industrial que ha dedicado toda su vida, más de treinta años a una industria lícita como la de sales que le ha procurado renta al Gobierno, y hoy al Gobierno y al Banco de la República, ¿tendrá derecho a protección social o podrá privársele intempestivamente de su industria sin indemnización? La respuesta la dejo al recto e ilustrado criterio de los honorables miembros de la Junta a quien me dirijo”.

10.—Al anterior memorial contestó el Bco. de la República mediante nota N° 384 de 15 de enero de 1940 cuyo texto merece tenerse en cuenta y dice así:

“Señor ARTURO CORRADINE. Zipaquirá.— Estimado señor nuestro:

Hemos estudiado con el mayor cuidado los puntos de que trata el atento memorial de usted, de fecha 3 de enero en curso, y sobre el particular nos permitimos hacerle las siguientes consideraciones:

1°—La industria de la elaboración de sal, como es un hecho de pública notoriedad, **atravesó en** los últimos años una situación de verdadera ruina, con motivo de la superproducción de ese artículo;

2°—Con el objeto de corregir esa anómala situación, la Ley 264 de 1938 dispuso que el Gobierno Nacional promoviera la organización de una cooperativa de elaboradores de sal;

3°—En el mes de diciembre del año pasado y después de un intenso trabajo, pudo fundarse la cooperativa, mediante un acuerdo entre un grupo de personas que representan aproximadamente el 90% de los industriales de Zipaquirá, Nemocón y Sesquillé dedicados a la elaboración de la sal;

4°—La cooperativa, como medida de indiscutible urgencia, hubo de preocuparse por corregir el

desequilibrio existente entre la producción y el consumo de la sal y al efecto tuvo necesidad de señalar cupos para la elaboración de dicho artículo a cada uno de sus socios, y de tomar en arrendamiento muchos hornos, que era indispensable dejar inactivos para colocar la producción en un nivel acorde con la demanda. Por este último concepto, la cooperativa tiene que erogar mensualmente, de sus propios recursos, una apreciable suma de dinero;

5°—Los cupos a los socios de la cooperativa se fijaron teniendo en cuenta la producción de cada uno de ellos, en promedio, durante los seis primeros meses del año de 1939;

6°—Con el propósito, por una parte, de que este compromiso de los socios de la cooperativa se cumpliera, a fin de evitar, por otro lado, que quienes no formaron parte de la cooperativa quedaran en condiciones más favorables que los socios de tal entidad, lo que constituiría una flagrante injusticia, se dictó por la Administración de Salinas la Resolución N° 185 de 1939, que usted menciona, previa solicitud dirigida al Banco de la República por el Ministerio de la Economía Nacional, que aprobó en todas sus partes esa determinación. Como la citada Resolución es de carácter general, sus disposiciones se aplican a los socios de la Cooperativa y a los elaboradores que no forman parte de ella.

7°—Como queda dicho, la Resolución N° 185 citada deja en igualdad de condiciones a los elaboradores cooperados y a los no cooperados, situación que se modificará fundamentalmente en el presente año si vencido el plazo que señala el art. 5° de la Ley 264 de 1938 el Gobierno resuelve que el precio de la materia prima sea más alto para quienes no sean socios de la Cooperativa, ya que cualquier diferencia en el valor del decalitro de agua salada colocaría a los últimos en condiciones de no poder competir con los primeros, que gozan, además, de una rebaja del 15% en los fletes de los transportes oficiales.

8°—Respecto a las consideraciones jurídicas que hace usted sobre la aludida providencia, el Banco está en desacuerdo con su respetable concepto, pues el punto fue estudiado concienzudamente por eminentes juristas al servicio del Gobierno Nacional, que no dudaron un momento de la legalidad de la medida, la cual por otro aspecto se encamina a servir los intereses de una clase social, formada por meritorios hombres de trabajo, a quienes ni el Gobierno ni el Banco de la República han tratado de perjudicar en ningún caso.

En vista de lo expuesto, usted se dará cuenta de qué razones poderosas justifican la determinación del Administrador de Salinas sobre cupo para la venta de materia prima a los elaboradores, y comprendería igualmente que no es posible hacer excepciones a las normas de que se ha hablado antes. No obstante esto, el Banco, animado del propósito de solucionar a usted las dificultades que se le presentan actualmente, ha enviado copia de su memorial al Gerente de la Cooperativa y en carta de hoy le ha solicitado de manera encarecida que estudie detenidamente el caso de usted para ver si es posible que se le tome en alquiler su establecimiento, sin perjuicio de que se considere si podría usted ingresar a la Cooperativa. Somos de usted, etc”.

11.—Los señores Ezequiel Pedraza y Arturo Corradine alegan su condición de elaboradores de sal en el Municipio de Zipaquirá, y fuera de que su contraparte no les discutió tal carácter, como ya se deduce de la carta acabada de citar, quedó suficientemente probado ese hecho y así lo estimaron las sentencias de instancias.

12.—Aquí es oportuno tomar nota de que a nombre de la Cía. Salinera de los Andes se demandó, ante la Corte, la inexequibilidad de los artículos 5º y 7º de la ley 264 de 1938, citada arriba. El asunto fue decidido por sentencia de la Corte Plena, dictada el 24 de abril de 1941, en el sentido de admitir que el artículo 5º era inconstitucional; no así el art. 7º. Lo pertinente de aquel fallo vale transcribirlo ahora:

“...la producción de la sal en las salinas terrestres se divide en dos operaciones por el querer del legislador: una privativa del Estado y otra de los particulares... lo que quiere decir que, aunque las salinas sean bienes fiscales, la Nación no puede obrar, respecto de elaboración, como persona de derecho privado, con libertad omnimoda, porque la función de la elaboración la atribuye la ley a los particulares, recortando así la libertad de la Nación.

“Si la elaboración de sales terrestres en Colombia corresponde a los particulares, éstos en ejercicio de esta lícita industria deben tener igual protección de las autoridades... y esa protección se aminora o desaparece, cuando los industriales que elaboran sales, se someten a diversas condiciones o mejor dicho, cuando el precio del agua salada o de la sal vijua es distinto para unos y otros.

“Pero se observa que esta diversidad de precios sólo existe para los industriales que no quisie-

ren someterse a las condiciones fijadas por el Gobierno para obtener precios más bajos para la materia prima, y así sometidos a esas condiciones, la igualdad de precios para los industriales los coloca en igualdades económicas para el ejercicio de la industria.

“A esta argumentación hay que reparar que, si la elaboración por mandato de la ley, pertenece a los particulares, el Gobierno no puede hacer a los unos de mejor condición que a los otros, porque la Constitución ampara por igual a todos los que ejerzan una industria lícita, y no puede obligarlos a formar entre ellos o con la Nación, cooperativas para la elaboración de la sal, porque esta operación compete a los particulares, no a la Nación, y porque todos los habitantes de Colombia pueden ejercer la industria que les agrada, sin licencia del Gobierno cuando ella es lícita, que si no lo fuere no se podría ejercer. Obligar a los particulares a formar cooperativas impedidos por los privilegios, gracias y ventajas, que otorgue el Gobierno a los que se asocien con tal fin, es atentar contra la libertad de industria, es violar el precepto constitucional del art. 40 que manda que el trabajo gozará de especial protección del Estado y no es proteger el trabajo señalando precios distintos a los que elaboran sal.

“Podría arguirse que la Nación pone en igualdad de condiciones a todos los elaboradores de sal respecto del precio de la materia prima, siempre que se sometan a las disposiciones que dicta el Gobierno, en el caso actual, a que formen cooperativas.

“Grave reparo hay que hacerle al anterior razonamiento, que consiste en que si la industria es libre, a nadie se le puede obligar a asociarse, sin violentar la libertad de industria, derecho reconocido por la Carta fundamental.

“Como consecuencia de lo anterior no puede remitirse a duda que si el Gobierno fija distintos precios el agua salada, menor para los que pertenezcan a la cooperativa, crea un privilegio en favor de ésta y en contra de los intereses de los que no pertenezcan a la cooperativa, procedimiento prohibido por el art. 27 de la codificación constitucional.

“La finalidad que tuvo el legislador al dictar la ley 264 en su art. 5º, de proteger a los consumidores, se puede alcanzar con la facultad que tiene el Estado de intervenir, por medio de leyes, en la explotación de las industrias fijando de antemano el precio de la sal que se dé al expendio, sin hacer a unos industriales de mejor

condición económica que a otros. En tratándose de bienes nacionales, las autoridades de la República han sido instituidas para la administración y fomento de los intereses públicos, a fin de que marchen con la apetecida regularidad y contribuyan al progreso y engrandecimiento de la Nación pues no estaría bien que bienes fiscales de ésta se pusieran al servicio de determinadas personas con detrimento de los intereses de los demás asociados" (G. J., Tomo LI, págs. 28 y 29).

13.—Puede decirse que una interpretación de la doctrina anterior aplicó el Ministerio de Minas y Petróleos, en la nota N° 1205 de 9 de julio de 1941 dirigida al señor Gerente del Banco de la República en los términos que se copian a continuación:

"El señor Aureliano Guerra A. vecino de Nemocon, se ha dirigido a este Ministerio manifestando que como propietario de un horno para la elaboración de sal, ha solicitado del Banco que se le vendan, en las mismas condiciones que a los demás industriales, hasta quince mil decalitros mensuales de agua salada, y que esa entidad, en nota fechada el 15 de mayo del año en curso, que original acompaña el memorialista, rechazó su solicitud, por estar íntegramente copados los cupos que al efecto ha establecido el Banco. Este despacho no puede menos que reconocer que las razones expuestas por esa entidad, en la referida nota, tienen una innegable base de conveniencia y que el sistema de cupos señalados en la Resolución 185 de 1939 se endereza a prevenir la situación ruinosa que para los elaboradores significaba el sistema anterior que permitía la superproducción del artículo, lo cual traía una competencia perjudicial a todas luces para los intereses del gremio. Pero si por este aspecto el procedimiento adoptado quizás se justifica, no es menos cierto que en la práctica viene él a constituir un monopolio establecido en favor de determinadas personas, que desconoce los principios constitucionales sobre libertad de industria y protección al trabajo y no se ajusta a las disposiciones para la elaboración de sal, ya que según ellas esta etapa de la producción corresponde a las personas que quieran ejercer esa industria y compren al Gobierno el agua salada o la sal víjua. Si la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable, por inconstitucionalidad, la disposición del art. 5° de la ley 264 de 1938, según la cual se estipularía un precio un poco mayor en la venta de las aguas sales para los elaboradores que en el curso de un año no se hicieran miembros de la Cooperativa,

mayor razón existe para sostener también que es contrario a la Constitución el sistema de cuotas de que se trata, ya que en este caso ni siquiera se da a personas distintas de las mencionadas en la Resolución N° 185 de 1939 la oportunidad de adquirir el artículo, este despacho considera que la solicitud que hace el señor Guerra debe ser atendida por el Banco, y se permite llamar la atención de éste acerca de la necesidad que existe de modificar a la mayor brevedad posible el sistema de cupos, sobre la base fundamental de la libertad de industria y en forma que deje incólumes las disposiciones constitucionales y legales a que se ha hecho referencia. Soy de usted servidor muy atento, (firmado) Juan Pablo Manotas. Ministro de Minas y Petróleos.

14.—La Resolución N° 185 dictada por el Administrador General de Salinas, en Zipaquirá el 18 de diciembre de 1939, fue derogada expresamente por el mismo funcionario mediante la Resolución N° 219 de 28 de febrero de 1942, cuyo texto puede leerse al fl. 61 del C. 5.

15.—Pero antes de que ocurriera el hecho últimamente anotado, fue introducida la demanda que dio origen a este pleito, entablada por medio de apoderado y conjuntamente por los señores Ezequiel Pedraza y Arturo Corradine, cuyas pretensiones se concretaron así:

"a) Que el Banco de la República es civilmente responsable del daño que ha causado a mis mandantes, al reglamentar el expendio de los productos de las salinas terrestres de Zipaquirá, Nemocon, Tausa y Sesquilé, como concesionario del Estado para la explotación de esas mismas.

"b) Que en consecuencia, se condena al Banco de la República a pagar a mis mandantes el valor de tales perjuicios, la cuantía de los cuales se establecerá en el curso de este juicio o en el de las diligencias que procedan para el cumplimiento de la sentencia;

"c) Que es nula la Resolución N° 185 de 1939 (18 de diciembre) dictada por la Administración General de Salinas del Banco de la República;

"d) Que el Banco de la República en su condición de concesionario del Estado para la explotación de las salinas terrestres de Zipaquirá, Nemocon, Tausa y Sesquilé, no puede abstenerse de suministrar a los demandantes, a los precios generales y corrientes de la tarifa pública de ventas, las cantidades de agua sal que oportunamente ambos o cualquiera de ellos soliciten en lo sucesivo para el normal funcionamiento de su industria de elaboración de sal;

"c) Que se condene al demandado en las costas de este juicio".

16.—El Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, a quien correspondió en reparto, admitió la citada demanda por auto del 29 de octubre de 1941 y ordenó darle traslado al Banco quien la contestó, oponiéndose, aceptando algunos hechos y negando los más, el 21 de noviembre del mismo año. Tramitado el negocio en primera instancia, el Juzgado lo decidió en sentencia del 21 de octubre de 1943 en la cual decretó las peticiones "a), b) y e)" de la demanda y absolvió al Banco de las restantes. Es decir, lo declaró civilmente responsable del daño alegado por los actores y lo condenó a indemnizarlo pero reservando el monto de la indemnización para liquidarlo conforme al precepto del art. 553 del C. J. Lo condenó en costas, pero se abstuvo de pronunciar la nulidad de la Resolución 185 del Administrador de Salinas, por razón de haber sido derogada, y también negó la petición consecuencial sobre venta de agua sal a los actores.

17.—Notificada la sentencia, personalmente a los apoderados de las partes, ambas apelaron y el Juzgado les concedió el recurso por auto del 4 de noviembre del citado año de 1943.

La sentencia acusada en casación

Recibido el negocio en el Tribunal, se cumplió allí la tramitación normal de la segunda instancia y a ella le puso fin con el fallo materia del presente recurso extraordinario, fallo que lleva fecha de 19 de febrero de 1945 y cuya parte resolutive dice:

"**Primero.** Confírmase el numeral primero de la sentencia.

"**Segundo.** No se ha probado por los señores Ezequiel Pedraza y Arturo Corradine haber sufrido perjuicio alguno con relación a la explotación del horno denominado El Volcán, situado en el solar de la calle 1ª de Zipaquirá y marcado con los números 10-90 y 10-98;

"**Tercero.** El Banco de la República debe pagar a los demandantes, señores Ezequiel Pedraza y Arturo Corradine, el valor de los perjuicios que les ha causado en la explotación de la industria de elaborar sal en compañía del doctor Juan Honorato García en el horno de propiedad de éste, situado en el lote marcado con el N° 6-39 de la ca-

rrera 5ª de la ciudad de Zipaquirá. Para hacer este avalúo se tendrán en cuenta las indicaciones que se hacen en la parte motiva de este fallo;

"**Cuarto.** Absuélvese al demandado de los demás cargos de la demanda; y

"**Quinto.** Sin costas en ninguna de las dos instancias".

Los motivos y considerandos que le sirvieron al Tribunal para tomar la decisión con que se puso fin al pleito pueden resumirse en la siguiente forma:

De acuerdo con el Código fiscal la producción de la sal, según los arts. 115 a 120 que forman el título IV del Libro I de dicha obra, se divide en dos operaciones diferentes, la de explotar y la de elaborar. La primera corresponde al Gobierno, ya por administración directa, ya por contrato y consistente en obtener la sal en su estado natural, la que así obtenida se denomina vijua o gema o agua salada. La elaboración corresponde a las personas que voluntariamente ejerzan esa industria y le compren al Gobierno la materia prima; también se define por la ley qué cosa sea la elaboración, diciendo que consiste en las operaciones que se ejecuten por medios industriales para producir sal compactada o sal de caldero. Finalmente, la administración de las salinas corresponde al Gobierno de acuerdo con las reglas generales establecidas en el citado código, en leyes especiales y en los reglamentos ejecutivos.

Que el contrato celebrado el 12 de diciembre de 1931, entre el Gobierno y el Banco sólo podía referirse, de acuerdo con el art. 118 de aquel código, a la actividad explotadora de las salinas, única que le correspondía al Gobierno, y así lo corrobora la cláusula primera de dicho contrato: "El Gobierno Nacional concede al Banco de la República **la explotación** (subraya la Sala) de las salinas terrestres de Zipaquirá, etc."

La culpa del Banco, fuente de la responsabilidad que se le ha deducido en el juicio, la radica el Tribunal en el hecho de que, por haber dictado la Administración de Salinas, dependencia del mismo Banco, la Resolución 185 de 1939, se puso voluntariamente en la necesidad de negar a los demandantes la venta de agua salada y, con ello, se les causaron perjuicios de que se quejan.

Al precisar el carácter o calidad con que obró el Banco, o sea, valiéndose de los términos correctos usados por las sentencias de instancia, "**la posición jurídica del Banco**", el Tribunal se

atiene a los mismos motivos del Juzgado, cuyo texto reproduce, y vale tomar en cuenta, a saber:

"El Juzgado acoge la tesis sustentada por el demandado, en cuanto que la posición jurídica del Banco, al dictar la Resolución 185, era la de mandatario. En lo que sí discrepa es en cuanto al origen del mandato, pues sostiene el doctor Casabianca que el mandato se origina de la convención del 12 de diciembre de 1931, 'cuyos elementos (dice Casabianca) generales y esenciales constituyen, como se ha visto, un mandato civil que el Banco entonces y hoy ejerce por cuenta del Gobierno Nacional'. El demandante (así debe entenderse aunque la sentencia dice demandado, porque el sentido lo pide, de acuerdo con el respectivo alegato) sostiene que la convención celebrada entre el Gobierno y el Banco de la República, no es una concesión sino un acto administrativo. En todo caso, sea concesión o contrato de administración, no varía en ninguna forma la situación jurídica que hemos dejado planteada, es decir, que este contrato en nada afectó la industria de la elaboración de sal. De consiguiente, al obrar el Gobierno Nacional como mandante y el Banco de la República como mandatario al dictar la Resolución N° 185, lo hicieron independientemente del contrato, pues tal resolución no se refería a la explotación de las minas, sino que iba encaminada a reglamentar la industria de elaboración".

Pasan luego, Juzgado y Tribunal, a averiguar si el Banco de la República traspasó los límites de su mandato para establecer así a quién corresponde la responsabilidad, si al mandante o al mandatario.

Aquí las sentencias hacen mérito del oficio N° 1205 del Ministerio de Minas y Petróleos, para el Banco de la República, dirigido el 9 de julio de 1941 y que arriba quedó transcrito en el numeral 13 de los antecedentes del presente fallo de la Corte. El Juzgado comentó así:

"El caso de los demandantes es idéntico al del señor Aureliano Guerra, pues en la Resolución N° 185 se excluyó a aquéllos de la lista de los elaboradores que podían comprar agua salada. El Ministro de Minas conceptuó que el sistema de cupos para la venta de agua sal, es decir en la forma establecida por la Resolución N° 185, era contrario a la Constitución, llamándole a la vez la atención al Banco para que a la mayor brevedad posible modificara tal sistema. Es decir, el Ministro consideró que ningún elaborador de sal podía ser excluido de la venta de agua sal.

Este orden de ideas es perfectamente congruente y acorde con lo dicho por el Ministerio de la Economía Nacional en su nota N° 5303 de fecha 7 de diciembre de 1939, pues en este oficio el Ministerio no dio a entender ni ordenó que hiciera exclusión de ninguno de los elaboradores para venta de agua sal".

El Juzgado, para precisar más, transcribe de nuevo lo pertinente de aquella nota, que es la del Secretario General Francisco Ruiz, resumida en el numeral 4 de los antecedentes del presente fallo, y agrega: "Como se ve... lo que quiso el Gobierno fue que se limitara la venta a los elaboradores, pero no que se excluyeran, pues es muy distinto limitar la venta a excluir a los elaboradores, de la compra del producto.

El Banco, al dictar la Resolución N° 185, en desarrollo de lo dispuesto por el Ministerio de la Economía Nacional, se excedió en el mandato del Gobierno, pues consideró que limitar la venta era lo mismo que excluir, y resolvió hacer exclusión de elaboradores negándoles la venta como a los demandantes.

"El Banco de la República alega que la exclusión de los demandantes se debió a que estos señores no figuran como compradores en el primer semestre del año de 1939. Evidentemente de los certificados expedidos por el Contador General de las salinas terrestres, presentados por ambas partes, aparece que el señor Arturo Corradine no hizo compras de agua sal en el primer semestre de 1939. Pero es lo cierto que al establecer el Gobierno Nacional como base para la limitación de las ventas, el promedio de las adquisiciones del producto en el primer semestre del año de 1939, no hizo otra cosa sino establecer un punto de referencia para poder determinar esa limitación. Ahora, en los mismos certificados del Contador General de las Salinas terrestres, aparece que el demandante Corradine en el mes de diciembre de 1939, compró 12.000 dcalitros de materias primas, por consiguiente, el Banco hubiera podido tener esta cantidad como punto de referencia para establecer el límite de venta a los demandantes, sin excederse del mandato, pues lo que el Gobierno quería era la limitación de las ventas, y no la exclusión de los posibles compradores".

El Juzgado concluye, en la parte de la sentencia acogida íntegramente por el Tribunal, que el Banco de la República se excedió en los límites del mandato que le confirió el Gobierno Nacional, y que así las cosas corresponde establecer si al

Banco es sólo responsable ante su mandante o, si por el contrario, también lo es ante terceros.

Para desatar el problema se acudió al art. 2180 del código civil. Allí está la norma de que, cuando el mandatario ha excedido los límites de su mandato, la responsabilidad de aquél se limita para con el mandante, y no trasciende ante terceros. Por excepción se da esta responsabilidad en dos hipótesis: a) si el mandatario no les ha participado suficientemente sus poderes, y b) si consta que el mandatario se ha obligado personalmente. La sentencia admite que se cumple la primera hipótesis, porque el Banco de la República no les dio conocimiento suficiente de sus poderes a los demandantes señores Pedraza y Corradine. Trató de fundarse la tesis en que el mandato del Banco no emana de la convención del 12 de diciembre (la de explotación de las salinas), sino que el mandato y los poderes con que obró el Banco a nombre del Gobierno le fueron conferidos a través de un acto privado, que proviene de lo que se hizo constar en el oficio 5303 del 7 de diciembre de 1939, oficio que no fue publicado en forma que permitiera su conocimiento por terceros, ni menos dado a conocer a los actores en este litigio. Con respaldo en el citado oficio procedió el Banco a hacer dictar por el Administrador de Salinas la Resolución Nº 185 del dieciocho de diciembre del propio año. De aquí concluye el Juzgado y lo acoge el Tribunal, que es aplicable de manera estricta la norma exceptiva del art. 2180 del C. C., o sea la de la responsabilidad del Banco como mandatario, para ante los terceros, por no haberles dado conocimiento suficiente de sus poderes y haber excedido los límites de su mandato.

Desde un punto de vista meramente teórico y sin perjuicio de examinarlo en su lugar, a través del cargo, encuentra la Sala artificioso y discutible el anterior razonamiento. Y aún llega a pensar que el fallo habría presentado, por este solo aspecto, flancos vulnerables a la casación. Porque la "posición jurídica del Banco", a fuer de concesionario de la explotación de las salinas, no es la de un mandatario en el sentido civil y privado de esta expresión; considerándosele ya respecto de las actividades explotadoras, bien de las elaboradoras de aquellos productos. No. La calidad con que obró al dictar por conducto del Administrador de Salinas —subalterno suyo— la Resolución 185 de 1939, y luego al negar la venta de agua sal a los demandantes, fue la de un agente cooperador de la Administración pública, pero que

obró por cuenta propia, a sabiendas y bajo el imperio de un error voluntario de conducta.

No hacía falta investigar si el Banco fue, o no, un mandatario del Gobierno, cuyos poderes se derivaran de la concesión salinera, o de actos posteriores, colaterales de la misma, y qué aquél hubiera excedido los límites de su mandato, habiéndose abstenido además de poner en conocimiento de los terrenos, la existencia de los poderes con que obraba. El punto tiene otra significación vinculada estrechamente a principios de derecho público y a normas constitucionales colombianas que garantizan preciosos derechos de los particulares frente al Estado. Sin embargo: todo ello no será eficaz para pronunciar la infirmación del fallo, subsistiendo como subsisten otros fundamentos jurídicos del mismo, según se precisará adelante.

Y terminado este comentario global de los motivos o considerandos de la sentencia recurrida, se puede agregar que la calidad de elaboradores de sal, alegada por Pedraza y Corradine, así como la estimación de los perjuicios, las aprecia el Tribunal después de un detenido estudio del material probatorio. Acepta el daño cierto o consumado; pero descarta el futuro y los perjuicios eventuales.

El doble recurso de casación

Ambas partes lo interpusieron y el orden lógico en que procede su examen indica empezar por el estudio de la demanda de casación, propuesta a nombre del Banco de la República, parte demandada; y seguir luego con la de los actores Pedraza y Corradine cuyos apoderados manifestaron en últimas, suplicar meramente la casación parcial de la sentencia acusada, sobre la base de unos mismos cargos.

Capítulo II. — La demanda de casación del Banco de la República

No obstante adolecer ese escrito de notorios defectos en su forma y de falta de precisión en sus términos, de aquél se deduce aún a primera vista, que la causal segunda se intentó fundar, sin saber por qué, en los mismos motivos de la causal primera, formulando los cargos por los conceptos de errores de derecho y de hecho que no aparecen demostrados. Así, pues, se limitará la Sala, en lo que sigue, al examen de lo tocante con la causal primera, pues acerca de la segunda nada

se puede avanzar, siendo evidente que la sentencia está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y que el recurrente no demostró lo contrario.

Dice el alegato:

"Fundo este recurso de casación en las causales establecidas en los numerales 1º y 2º del artículo 520 del C. J. En cuanto al numeral 1º estimo que la sentencia del Tribunal es violatoria de ley sustantiva por interpretación errónea y aplicación indebida de las disposiciones del C. C. sobre mandato y al deducir de ellas una responsabilidad civil al Banco de la República ante terceros, no ante el mandante, que es la Nación representada por el Gobierno, si se considera al Banco como mandatario, de acuerdo con las tesis sostenidas por los juzgadores de primera y segunda instancia....

"El primer error de derecho. Tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal, aceptaron de plano la tesis de que el contrato existente entre el Gobierno Nacional y el Banco de la República es una convención administrativa a la cual son aplicables las normas jurídicas del mandato civil, de tal manera que en las dos sentencias se invoca como fundamento legal de los fallos respectivos, el art. 2180 del C. C., que es del siguiente tenor: (aquí él). Pero después de invocar el Tribunal reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, conforme con la tesis sustentada por el demandado en el sentido de que la posición jurídica del Banco al dictar la Resolución 185 era exactamente la de un mandatario que obraba por cuenta y riesgo de la Nación, concluye sentando la tesis indefensible de que todo acto consumado entre el Gobierno y el Banco, en relación con la reglamentación de la industria de elaboración de sal, es independiente y distinta a lo estipulado por estas mismas partes en los contratos de concesión. Deduciendo de ella la conclusión jurídica imposible de que el Banco es y puede ser responsable ante terceros, por virtud del ejercicio del mismo contrato y por actuaciones como mandatario, no sólo autorizadas sino ordenadas expresamente por el mandante que en este caso es el Gobierno Nacional. Aparece claro que la sentencia de segunda instancia ha desconocido violándolo, el precepto contenido en el art. 2180 del C. C., en virtud del cual el mandatario es sólo responsable ante el mandante, de su gestión y excepcionalmente ante terceros en los ca-

sos taxativamente enumerados en la misma disposición....

"...resulta evidente que el Tribunal, al deducir la responsabilidad civil del Banco hacia terceros, con base en hechos no probados y que nada tienen que ver con las excepciones establecidas en el art. 2180 del C. C., violó este precepto legal en el fallo que es objeto del presente recurso".

Bajo los epígrafes de "segundo error de derecho", y "un notorio error de hecho" prosigue y concluye el demandante así:

"El Tribunal Superior de Cundinamarca, al desatar la controversia declarando al Banco civilmente responsable, por actos cumplidos en desarrollo de las convenciones vigentes por el Gobierno, autorizados y ordenados por el mismo, perdió de vista el texto claro y expreso de dichas convenciones y olvidó además que todas o la mayor parte de ellas, han sido aprobadas por Decretos legislativos que tienen fuerza legal. La sentencia recurrida viola, desconociéndolo, el artículo 4º del contrato de fecha 12 de diciembre de 1931, que fue aprobado por el Decreto legislativo Nº 2214 del mismo año".

Se copia luego el art. 4º de aquel contrato y el recurrente pretende que la sentencia lo viola así como los decretos legislativos que autorizaron su celebración, no menos que otras convenciones adicionales.

Al tratar del notorio error de hecho el recurrente se limita a discutir las pruebas recibidas en las instancias y aspira a que la Corte modifique la apreciación del Tribunal sin que por parte alguna aparezca demostrado que se incurrió en aquel notorio error de hecho al estimar el mérito de las mismas.

Lo que se deja transcrito puede interpretarse como un esfuerzo encaminado a sostener los motivos que, según el pensamiento del recurrente, pueden fundamentar la causal primera de casación. En cuanto a la segunda, se contenta con afirmar lo que sigue:

"...el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar las pruebas de la parte demandada. Me propongo demostrarlo, cuando analice los hechos que aparecen demostrados (sic) en el expediente y que fueron desestimados en el fallo recurrido. Entonces podrá establecerse (sic) que es procedente la causal del numeral 2º del art. 520 del C. de Procedimiento Civil que he invocado para pedir la casación de esta sentencia".

La Corte considera:

Bastaría, para rechazar el cargo sobre violación de ley sustantiva, verificar que el recurrente no precisó si, en su concepto, había infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea. Sin embargo, la acusación parece enderezada por el concepto de la aplicación indebida, siendo así que la demanda estima que el art. 2180 del C. C., fue violado al deducir contra el Banco de la República una responsabilidad civil hacia terceros, con base en hechos que el recurrente afirma no estar probados y ser extraños a las excepciones establecidas en aquel artículo.

Para poner algún orden en el estudio de estas argumentaciones pueden formularse dos clases de consideraciones, a saber:

a) Las que se relacionan con la índole del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el Banco de la República, respecto de las salinas terrestres de Zipaquirá, Nemocón, Tausa y Sesqui-lé, y

b) Las tocantes con el origen de la responsabilidad que se le dedujo al Banco.

A) El contrato entre el Gobierno y el Banco

Aquí no cabe dudar de que la sentencia del Tribunal, al acoger los motivos pertinentes, del fallo de primera instancia, admitió que el contrato referido, es un negocio al cual le son aplicables las reglas del mandato civil.

En sentir de la Corte, siguiendo la doctrina del expositor Gastón Jeze (Principios Generales de Derecho Administrativo, Tomo IV, Editorial Depalma, Buenos Aires, —1950— págs. 191 y ss.), la Administración Pública puede celebrar contratos de derecho privado y contratos administrativos propiamente dichos. En los primeros, la ejecución de las respectivas obligaciones de las partes contratantes, se regula pura y simplemente por las reglas del derecho privado, contenidas en los códigos civil y de comercio; en los segundos, o sea en los contratos administrativos, por el hecho de que el contratante se convierte, en mayor o menor medida, en un verdadero colaborador de la Administración para el funcionamiento de un servicio público, o de la explotación de bienes fiscales, las obligaciones quedan sometidas a un régimen más estricto o más riguroso que se regula directamente por las normas del derecho público, contenidas en la Constitución, en el código fiscal, etc. A este respecto dice el expositor citado: "Se

trata, pues, de un error grosero, que un jurisconsulto no debe cometer, querer aplicar, en razón de la aparente analogía, las reglas del derecho privado establecidas para el contrato de compraventa, al contrato administrativo de suministros, o las reglas del derecho privado dictadas para el contrato de locación de obras, al contrato administrativo de obra pública".

Esto no implica, como es claro, que la Corte modifique o rectifique su jurisprudencia, sentada en repetidos fallos, de que, cuando faltan disposiciones especiales se apliquen a los contratos administrativos las normas de la legislación común sin desconocer las diferencias entre aquellos contratos y los contratos civiles.

Pues como se verá adelante no hay lugar a acudir a las disposiciones supletorias porque en la hipótesis **sub judice** bastan las normas de derecho público para resolver la cuestión.

Vale también anotar que en la obra de Jeze acabada de citar, se encuentra la noticia de que el 15 de enero de 1929, un Tribunal arbitral reunido en París, y compuesto por eminentes profesionales franceses, entre otros, Yvon-Caen, Politis y Ripert, decidió en el conflicto suscitado entre el gobierno etíope y una sociedad belga concesionaria de la explotación del monopolio del alcohol en Etiopía, que no era admisible la tesis de que dicho contrato pudiera considerarse de mero derecho privado, puesto que todo monopolio de estado es, por su naturaleza, un servicio público, y que el carácter de este servicio no se modifica por el hecho de que el Estado confíe su explotación a un particular.

En el mismo orden de ideas la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, al despachar la demanda de inexequibilidad contra el art. 5º de la Ley 264 de 1938, anotada arriba en los Antecedentes, consagró esta doctrina: "En tratándose de bienes nacionales, las autoridades de la República han sido instituidas para la administración y fomento de los intereses públicos, a fin de que marchen con la apetecida regularidad y contribuyan al progreso y engrandecimiento de la Nación, pues no estaría bien que bienes fiscales de ésta se pusieran al servicio de determinadas personas con detrimento de los intereses de los demás asociados".

Y en otra parte del mismo fallo, según se vio, dice al tratar de la industria de elaboración de sal: "...aunque las salinas sean bienes fiscales la Nación no puede obrar, respecto de la elaboración, como persona de derecho privado, con libertad omnimoda, porque la función de la el-

boración la atribuye la ley a los particulares, re-cortando así la libertad de la Nación".

Por último el art. 120 del C. Fiscal dice que la administración de las salinas corresponde al Gobierno; el art. 118 añade que éste puede explotarlas directamente o por contrato y según el art. 116 la extracción de la sal que es operación constitutiva de la explotación de las salinas, comprendidas en la Administración, se sujeta a la reglamentación del Gobierno y a las disposiciones generales del código, en materia de administración y disposición de bienes fiscales.

Ahora bien, como las actividades a que se refieren esas disposiciones caen directamente bajo el régimen del derecho público, no puede admitirse que se apliquen las normas del derecho privado cuando bastan las del derecho público. De aquí que sostenga la Sala la tesis de que el contrato entre el Gobierno y el Banco de la República sobre explotación de las salinas terrestres de Zipaquirá, etc., sea una concesión típicamente administrativa que no puede someterse a las normas del derecho privado.

La sentencia acusada contiene, según se vió, la consideración de que el Banco de la República, al recibir del Gobierno las salinas terrestres de Zipaquirá, etc., en los términos del contrato de 12 de diciembre de 1931, no pudo recibir más de lo que el Gobierno estaba en capacidad de darle. Es decir, la simple explotación de las salinas facultad señalada privativamente por normas del derecho público, pertenecientes al C. Fiscal. En cambio no pudo ni podía darle facultades para la elaboración del producto explotado, porque otra norma del mismo derecho público colombiano reservó esa actividad a los particulares. Fundándose en ello el Tribunal concluyó que al Banco le estaba vedado intervenir en forma que implicara el desconocimiento a esos particulares, del derecho para elaborar sal, y sin embargo lo hizo respecto de los demandantes. En esta parte la sentencia es acertada y los cargos no pueden prosperar.

B) El origen de la responsabilidad del Banco de la República

Entrando ahora en la otra clase de consideraciones, arriba distinguida, cabe reflexionar que si bien es cierto que el Tribunal decidió justamente negarle al Banco de la República, la facultad para intervenir en el negocio de la elaboración de sal, erró al pretender aplicar las nor-

mas del art. 2180 del C. C., porque no se está en presencia de una responsabilidad que emane de la ejecución de un mandato de derecho civil o que surja con ocasión del mismo, sino que se trata, como lo reconocieron Tribunal y Juzgado, de un hecho desvinculado de los efectos propios del contrato administrativo.

Vistas así las cosas, lógico sería admitir que al recurrente le asiste la razón para sostener, como sostuvo aunque con bastante confusión, que se aplicó de modo indebido aquel texto del C. C.

Sin embargo no bastaría esto para casar la sentencia porque la Corte tendría que llegar a la misma conclusión del Tribunal, aunque por razones distintas.

En efecto: el origen o raíz de donde arranca la responsabilidad a cargo del Banco de la República, no podría encontrarse en el hecho de que éste hubiera extralimitado un mandato civil concedido por el Gobierno y que lo extralimitó sin dar a conocer a los terceros los poderes recibidos; y que de ahí resultara responsable ante los mismos.

La responsabilidad del Banco tiene su origen, en sentir de la Corte, en el hecho de que por haber dictado un agente suyo, el Administrador General de Salinas, la Resolución 185 de 1939 y porque ese agente obraba a nombre del concesionario de la salina de Zipaquirá, le hubiera negado a los demandantes la venta de agua sal, materia prima indispensable para la elaboración del producto destinado al consumo, cuya industria está reservada a los particulares y que el Gobierno no podía darle al Banco porque a aquél tampoco le pertenece. Es indiscutible que quien tiene derecho a un fin, tiene también derecho a los medios adecuados para la consecución de ese fin. Por tanto, si se demuestra como se demostró en el proceso, que los demandantes tenían el derecho a ejercer la industria de elaboración de sal (fin), el Banco de la República, como concesionario explotador del producto, no podía negarles la venta de la materia prima, que era el medio indispensable para el ejercicio del derecho de elaborar sal.

Por causa de aquella negativa, el Banco infringió disposiciones del derecho público que se encuentran en la Constitución y en el C. Fiscal.

El Banco de la República desconoció de un lado el principio consignado en el art. 17 de la actual codificación constitucional, que garantiza la especial protección del Estado al trabajo, proclamado como obligación social; desconoció así mismo el derecho consagrado en el art. 31 de la misma

codificación, porque indirectamente pretendió establecer un verdadero monopolio que sólo la ley puede crear en las condiciones allí previstas.

La demostración de este error de conducta, que genera la responsabilidad del Banco, se encuentra, tanto en la sentencia de la Sala Plena, de fecha 24 de abril de 1941, tantas veces citada, como en la interpretación que a la doctrina de la Corte le dio autorizadamente el Ministerio de Minas y Petróleos al estudiar el reclamo del señor Aureliano Guerra, vecino de Nemocón, quien padeció el mismo rechazo sufrido por los demandantes Pedraza y Corradine.

En fallo pronunciado en casación el 5 de agosto de 1937 la Corte dijo: "Como fuentes de la responsabilidad civil, existen cuatro clases de actos genéricos: a) el ilegal, que es intrínsecamente incorrecto puesto que viola un mandato o una prohibición de derecho. Constituye una intolerable intromisión en el derecho ajeno y acarrea como consecuencia sustantiva un deber de indemnizar; etc." (G. J., Tomo XLV, págs. 420 y ss.).

La Sala estima ahora, por cuanto consta en el proceso, que a esa clase o género de actos generadores de responsabilidad civil, pertenece el hecho de que se han querrellado los actores, que le es plenamente imputable al Banco de la República y cuya relación de causalidad con los daños causados a los primeros, no desconocieron en principio los representantes del Banco mismo.

Frente a los demás cargos que se han examinado en este capítulo, la Sala ya expresó su opinión, y la repite, de que no se está en presencia de una responsabilidad contractual, ni mucho menos se desconoce el efecto de la concesión otorgada —enhorabuena—, por el Gobierno al Banco de la República para que explotara por métodos científicos y modernos las salinas terrestres más importantes del país.

Por último, un contrato administrativo propiamente dicho, aunque acto del poder público, no es, ni podría ser, como tampoco el Decreto o la Ley que lo aprobara, ley sustantiva cuya violación, caso de haberse demostrado, que aquí no lo fue, le abra la puerta al recurso extraordinario de casación. Pueden citarse otras palabras de la Corte: "La primera causal de casación, muy de acuerdo con la índole y naturaleza de ese recurso, requiere que la violación de la ley recaiga sobre preceptos sustantivos. Estos preceptos que son aquellos que establecen los derechos y obligaciones de las personas y que están consagrados indistintamente en los diferentes códigos de la Na-

ción, y aún dentro del código judicial, son los únicos susceptibles de originar, cuando son violados por los Tribunales, la casación" (G. J., Tomo XLV, pág. 20).

Visto cómo no puede prosperar ninguno de los cargos contenidos en la demanda de casación propuesta a nombre de la parte demandada, se procede ahora a examinar los que contiene la de la parte actora.

Capítulo III. — La demanda de Pedraza y Corradine

En su escrito de 18 de julio de 1945, el apoderado de Arturo Corradine ataca la sentencia por la primera de las causales del art. 520 del C. J., encauzando sus pretensiones en el sentido de que, previa la infirmación del fallo, éste se revoque para condenar al pago de los perjuicios que se dice que fueron causados a los demandantes en el horno de El Volcán. El apoderado de Pedraza expresa mejor su pensamiento, al solicitar que la casación sea parcial, a fin de que se decida en instancia, que el Banco de la República es también responsable de los perjuicios futuros, además de los pasados.

Como en verdad el alegato de este segundo apoderado se limita a adherir a la demanda presentada por el apoderado del litis consorte, y sólo añade argumentos de refuerzo, referentes a la calificación por el Tribunal del perjuicio causado a sus poderdantes, por la imposibilidad de explotar el horno El Volcán, la Sala estudia conjuntamente ambos escritos.

Pide, pues, el apoderado de Corradine: "El Tribunal incurrió en error evidente de hecho al analizar las probanzas aducidas para demostrar los perjuicios sufridos por los actores en el horno denominado El Volcán, es decir, los testimonios de los señores Antonio Pérez, Silverio Gutiérrez, Domingo Quintero, Zoilo Galvis, Jorge López, Pedro Zambrano, Luis Galvis, Juan Honorato García, Silvano Alvarado, Edilberto Zambrano, Pedro Espinosa, Vicente Herrera, y José Vicente Pedraza, así como la diligencia de inspección ocular practicada en dicho horno. A consecuencia de ese notorio error, el Tribunal violó los arts. 2341, 1613 y 1614 del C. C.

"También incurrió el Tribunal en error de derecho al estimar las declaraciones de los testigos Zoilo Galvis, Antonio Miel, Luis Fajardo, Baudelino Bulla, Ignacio Moya, Tomás Bustos, Campo Elías Gutiérrez, Matías Rodríguez y César Rodrí-

guez, a consecuencia de lo cual violó los citados preceptos del código civil".

Por cuanto el cargo contempla la violación de los mismos preceptos del citado código, en un caso por error de hecho, y en el otro por error de derecho, conviene para abreviar consideraciones, dejar de una vez establecido que el error de derecho se alega con base en la estimación que el Tribunal le dio a los testimonios del grupo de nueve personas encabezadas por Zoilo Galvis, diciéndose que sus declaraciones son de nudo hecho y que no recibieron la oportuna ratificación ante el Tribunal.

En este punto la Corte encuentra que las consideraciones fundadas, por el fallo de segunda instancia en la apreciación de esos testimonios, no incide sobre lo principal de la prueba y que en definitiva sólo se estimaron como para mayor abundamiento. Esto significa, en sentir de la Sala, que no hacían falta tales testimonios porque todos concluyen en forma negativa.

Es suficiente, por tanto, limitar el examen a las declaraciones del primer grupo de testigos, algunos de los cuales rindieron su testimonio dentro de la diligencia de inspección ocular, practicada por el Juez comisionado, que lo fue del Circuito de Zipaquirá el 3 de julio de 1942, y otros en actas separadas.

El pasaje de la sentencia acusada, que copia el recurrente, se refiere al horno de la calle la de Zipaquirá, denominado El Volcán y dice así: "Los testigos Pedro Espinosa, Vicente Herrera, presentados por los demandados, en el término probatorio de primera instancia, afirman que les consta que los señores Arturo Corradine y Ezequiel Pedraza explotaban en común la industria de elaborar sal, sobre el horno de El Volcán del año de 1932 a 1934. Estos testigos dicen que Corradine y Pedraza repararon este horno a fin de explotarlo antes de diciembre de 1939. Ninguno de estos testigos afirma que hubieran elaborado en este horno en 1938 y 1939 los demandantes. Por el contrario, el testigo Herrera dice: "Sí quedó listo para colocar la loza y trabajar, pero no se por qué causa no elaboraron y es cierto que hace unos tres meses, más o menos, que están haciéndole una reparación general al horno (el testigo declara el 16 de junio de 1942).

"Juan Vicente Pedraza presentado por los actores en la segunda instancia dice: "Me consta por haberlo visto que en el último semestre del año de 1939, antes del mes de diciembre, los señores Corradine y Pedraza hicieron algunas repa-

raciones en el horno situado en el solar N° 10-90 y 10-98 de la calle 1ª de Zipaquirá, horno denominado El Volcán, con el fin de explotar la industria de elaborar sal compactada y sal de caldero". Este testigo dice que los señores Corradine y Pedraza reanudaron en febrero de 1938 la explotación del horno de la carrera 1ª (sic) y que les consta que estaban elaborando en ese horno. Este es el único testigo que hace la afirmación de haber visto elaborar en ese horno en 1938. Y está en contradicción con los otros dos testigos que dicen que repararon el horno solamente en 1939 con el fin de explotarlo. —El doctor Juan Honorato García dice que el señor Ezequiel Pedraza hizo reparar el horno de El Volcán antes de 1939—. En la inspección ocular verificada el 3 de julio de 1942 declaró el testigo Antonio Pérez que hacía más o menos dos años había reparado las rafas de los cárcamos. Como declara el 3 de julio de 1942 este testigo, se tiene que según él, la reparación la hizo, más o menos, entre enero y julio de 1940. Tampoco dice este testigo si el horno quedó en condiciones de poderse elaborar. Silvio Gutiérrez dice en la misma inspección que hace más o menos seis años no se trabaja en ese horno en la elaboración de sal. Domingo Quintero, que en 1937 estuvo cuidando la maquinaria que había en ese horno, que hace más o menos ocho años no se elabora en ese horno. Zoilo Galvis dice que hace más o menos diez años que no se trabaja con ese horno para elaborar sal compactada y dice que hace poco más o menos seis años que se encuentra en estado de deterioro. Jorge López dice que en 1936 funcionaba una maquinaria y que hace un año lo vio con la destrucción que tiene. Pedro Zambrano dice que en 1937 y 1939 el horno estaba inservible. Luis Galvis que hace más de ocho años el horno no funciona" (Cuaderno 7º, folios 95 v. y 96).

Salta luego el recurrente hasta el aparte donde dice el Tribunal: "De las pruebas estudiadas se llega a la conclusión que los señores Corradine y Pedraza no probaron que explotaran el horno de El Volcán, después de agosto de 1937; y no probaron que lo hubieran explotado con anterioridad a la Resolución 185 de diciembre de 1939. En estas condiciones no probaron el perjuicio actual, y como el perjuicio futuro es el perjuicio actual prorrogado, tampoco probaron éste. Si por el mejoramiento del negocio de sales hubieran podido explotar este horno, suponerlo entrañaría un perjuicio eventual o hipotético".

Alega el recurrente que ese es un craso error

porque, en su concepto, de las pruebas analizadas se desprende con evidencia incontrovertible que Corradine y Pedraza sí explotaron el horno de El Volcán antes de diciembre de 1939 y que poco antes de esta fecha lo hicieron reparar para continuar en él la explotación.

La Corte considera:

Tratándose de error de hecho en apreciación de pruebas ha sido invariable la doctrina de esta corporación expresada en fallo de 14 de febrero de 1919, en los siguientes términos:

“Cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho, originada de las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa” (G. J., Tomo XXVII, pág. 158).

Estudiando detenidamente el pasaje del fallo acusado, arriba transcrito, se advierte de inmediato, sin necesidad de largas argumentaciones, que el Tribunal, al apreciar el hecho relativo a la elaboración de sal en el horno de El Volcán, por los actores, encontró que unos testigos afirmaban una cosa y otros la contraria. También encontró que había falta de precisión al exponer el dicho y sus razones.

Por cuanto los testigos son personas hábiles para declarar, sus testimonios se recibieron en condiciones procesales correctas y el apoderado de Corradine no acredita ningún motivo que obligue a prescindir de aquellos testimonios, esto basta para sostener que se está en presencia de una cuestión dudosa, en el mejor de los casos.

Siendo esto así, como lo es, debe desestimarse el cargo el cual supone una evidencia que no aparece por ninguna parte. Los hábiles esfuerzos del recurrente sólo consiguen revelar que debieran haberse apreciado por el Tribunal los hechos y sus pruebas, de manera distinta de como lo hizo soberanamente, y ello, como se sabe, no es de recibo en casación. Y la evidencia del error no existe por parte alguna, porque pudo haber sido que los señores Pedraza y Corradine hubieran explotado; en las condiciones y circunstancias afirmadas por ellos, el horno de El Volcán; como también pudo haber sido que no lo hubieran explotado, según lo sostiene el Tribunal basándose en otros testimonios; y otro tanto ocurre con la inspección ocular de que se ha tratado pues ella no da base para encontrar el error evidente de hecho alegado por el recurrente.

Sentencia

A mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, la Corte, en Sala de Casación Civil, NO INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 19 de febrero de 1945, que ha sido objeto del doble recurso analizado.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas—
Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

LAS NORMAS LEGALES SOBRE PRUEBAS NO SON NORMAS SUSTANTIVAS Y SU VIOLACION NO ES SUFICIENTE PARA DETERMINAR POR SI SOLA LA CASACION DE UN FALLO

Como lo ha expresado la Corte en reiterada jurisprudencia, las normas legales sobre pruebas, sea que se encuentren en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Civil, no constituyen normas sustantivas, sino simples normas adjetivas o procedimentales, porque no otorgan derechos. Lo que le da el carácter de sustantiva a una disposición legal, no es la ubicación en determinado código, sino su naturaleza intrínseca, como sucede siempre que de ella se deducen derechos materiales o situaciones jurídicas que generan tales derechos. La regulación probatoria mira o patentiza ante el funcionario judicial la existencia de aquellos derechos, pero no los crea ni los otorga.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, abril veinticinco (25) de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

En febrero de 1945 por medio de apoderado María Herlinda Gómez demandó a Gregorio Lucumí ante el Juez Tercero Civil del circuito de Cali para que por los trámites de un juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones: "Primera. Que son de exclusiva propiedad de la señora María Herlinda Gómez las mejoras construídas en un lote ejido, delimitado en el punto segundo de los hechos, excluyendo de tales mejoras las tres piezas que son del citado demandado por haberlas construído a sus expensas. Segunda. Que el demandado Lucumí para ser dueño del total de tales mejoras, debe pagar a mi patrocinada el valor total que corresponda, según avalúo pericial que en el curso del juicio se haga y que no podrá venderlas sin el pago previo de lo que le corresponda a la señora Gómez. Tercera. Que el citado demandado debe pagar a mi poderdante todo lo que exceda en el valor comercial las antiguas tres piezas que eran sus mejoras, a lo que

comercialmente valen en la actualidad porque dicho aumento de valor se debió a las mejoras hechas y terminadas con dineros únicamente de la señora Gómez. Cuarta. Que se condene a las costas y costos del presente juicio si se opone a la litis, por ser su oposición temeraria. Quinta. Que se condene al demandado al pago del valor de las mejoras que en un lote de su propiedad, construyó a sus expensas la señora María Herlinda Gómez y que mientras que dicho pago no se verifique, el señor Lucumí no podrá enajenar el total de dichas mejoras. Sexta. Que se ordene que para que el demandado sea dueño de todas las mejoras construídas, debe comprar a la señora Gómez las que ésta ha construído, o viceversa, condenarlo a que debe venderle a mi mandante las pequeñas mejoras que él tenía ya construídas.

La relación de los hechos de la demanda sintetiza así: Desde diciembre de 1937 hasta fines de 1944 María Herlinda Gómez y Gregorio Lucumí hicieron vida común. Cuando comenzaron sus relaciones, Lucumí sólo era dueño de unas mejoras ubicadas en un lote ejido, en la carrera 4ª números 31-83 y 31-87 de Cali; y tales mejoras consistían en tres piezas de bahareque, techos de barro, pisos de tierra y sin servicios de agua, y luz y sanitarios. (Este es el segundo hecho). Durante el tiempo que pasaron juntos, María Herlinda destinó el producto de su trabajo personal y del seguro de vida a su esposo, —fallecido a comienzos de 1938—, a la construcción de un tramo nuevo y a la reparación y mejora de la casa que había levantado Lucumí. La demandante tiene la posesión material de las mejoras hecha con dinero suyo.

Admitida la demanda, Lucumí la contestó por medio de apoderado. Al segundo hecho respondió: "Es cierto en cuanto se refiere a la localización de las mejoras. En lo demás lo niego". Todos los demás hechos los negó rotundamente y manifestó su oposición a las pretensiones y al derecho invocado por la demandante. En escrito separado de la misma fecha Lucumí presentó demanda de reconvencción para que por el procedimiento de un juicio ordinario de mayor cuantía se haga

las siguientes declaraciones: Primera. Que mi poderdante señor Gregorio Lucumí es dueño absoluto de la casa y el lote de terreno en donde está edificada, ubicada en el barrio "El Porvenir" de esta ciudad, distinguida con los números 31-83 y 31-87 de la carrera 4ª y delimitada así: Norte, con lote ocupado por Dolores Díaz de Garrido; Sur, con la carrera cuarta; Oriente, con lote ocupado por Amelia Sagobal y por el Occidente, con lote ocupado por Apolinar Montaña. Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, María Herlinda Gómez debe entregar seis días después de ejecutoriada la sentencia, la casa y el lote en donde está construida que se menciona en la petición anterior. Tercera. Que se condene a la señora María Herlinda Gómez, a pagar a mi poderdante los frutos civiles percibidos por aquélla y los perjuicios materiales causados al mismo. Cuarta. Que se condene asimismo a la señora María Herlinda Gómez a pagar las costas que se ocasionaren en el presente juicio".

Como fundamento de la contrademanda dijo que desde 1936, con el fruto exclusivo de su trabajo al servicio del F. C. del Pacifico, inició la construcción de la casa a que se refiere la primera petición de su libelo; que el lote en donde está edificada lo tuvo en arrendamiento desde julio de 1938 hasta febrero de 1945 en que el Municipio de Cali le hizo la correspondiente venta, y que por un acto de mera complacencia ha permitido que María Herlinda Gómez viva en la citada casa.

El Juez del conocimiento desató la controversia absolviendo a las partes de los cargos formulados, por insuficiencia de las pruebas que ambas presentaron.

La sentencia recurrida

De la anterior providencia apelaron ante el superior tanto el demandado como el contrademandado. Practicadas las pruebas que las dos partes solicitaron en esta instancia, el Tribunal falló así: "1º—**Niégase** la declaración de propiedad respecto de las mejoras que fueron objeto de la demanda formulada por María Herlinda Gómez con fecha 24 de febrero de 1945; 2º—Como consecuencia de lo resuelto en el punto anterior, se niegan las demás declaraciones solicitadas por la demandante en el mismo escrito de demanda; 3º—**Consiguientemente**, se absuelve al demandado Gregorio Lucumí de los cargos de la demanda; 4º—**Niégase** la declaración de propiedad solicitada por Gregorio Lucumí en lo que se refiere a

las mejoras que fueron materia de la demanda principal, formulada por María Herlinda Gómez en escrito del 24 de febrero de 1945, mejoras comprendidas en la contrademanda; 5º—Consecuencialmente, se absuelve en tal sentido a María Herlinda Gómez de los cargos formulados en la contrademanda o demanda de reconvencción; de todos y de cada uno de dichos cargos; 6º—**Declárase** que Gregorio Lucumí, mayor de edad y vecino de Cali, es propietario de las mejoras iniciales o primitivas que la demandante María Herlinda Gómez reconoció en la demanda y en el curso del juicio ser de propiedad del nombrado Lucumí, mejoras consistentes en tres piezas de habitación de paredes de bahareque, tejas de barro y pisos de tierra; y 7º—**Declárase** probada la excepción perentoria de improcedencia de la acción restitutoria ejercitada por Lucumí en la demanda de reconvencción".

El recurso

María Herlinda Gómez interpuso contra esta sentencia el recurso de casación. Después de agotado el trámite legal va la Sala a decidir:

Primer cargo. El Tribunal incurrió en infracción directa del artículo 697 del Código Judicial, por no haberlo aplicado al caso del pleito. Dice el recurrente que el asunto de fondo lo constituyen las mejoras hechas por María Herlinda Gómez en el inmueble citado en la demanda. "Los declarantes Miguel Posada, Antonio Díaz, Daniel Galindo y Carlos Gil están en un todo de acuerdo, en sus testimonios en sostener que las mejoras a que se refiere la demanda de la señora María Herlinda Gómez, mejoras que detallan los testigos en forma minuciosa, fueron construidas por la mencionada señora Gómez, por su cuenta y riesgo, a sus propias expensas, con dineros de su exclusiva propiedad. Esos mismos testigos no sólo dan cuenta de la clase de mejoras; no sólo especifican esas construcciones y los materiales empleados en ellas, sino que explican cómo fueron hechas, quiénes intervinieron en su construcción y en qué época fueron levantadas, época que precisamente coincide con aquella en que María Herlinda Gómez y Gregorio Lucumí empezaron su vida marital". "Las circunstancias de tiempo, modo y lugar se relieván en forma inquestionable en las exposiciones de esos declarantes, porque todos, sin ser literalmente idénticos en sus declaraciones, están acordes en afirmar cómo fueron hechas esas mejoras, en qué consistieron.

los detalles del pago de materiales y de jornales y la época en que fueron construídas. Empero, a pesar de esa clara situación, el Tribunal desatiende y descarta la validez legal probatoria, la fuerza de convicción que conllevan esos testimonios, con lo cual incurre el Honorable Tribunal de Cali en infracción directa, por no haberlo aplicado, por no haberlo tenido en cuenta, el texto del artículo 697 del Código Judicial”.

En otra parte manifiesta el recurrente que para “el Honorable Tribunal de Cali no tienen mérito probatorio, o no tienen alcance de plena prueba las declaraciones de los señores Pastor Ante, Antonio Charry, Abel Silva Martínez, Carlos Gil, Miguel Posada, Antonio Silva y Daniel Galindo”. Pero no dice una palabra para demostrar que tales declaraciones tienen mérito probatorio o constituyen plena prueba y que el Tribunal se equivocó al no apreciarlas debidamente.

Segundo cargo. Dice el recurrente que la demandante agregó a su libelo de demanda la copia de una escritura pública con la correspondiente nota de registro; que en tal instrumento fueron protocolizadas las declaraciones de Miguel Posada, Antonio Díaz, y Daniel Galindo; que “invertidas así esas declaraciones de la solemnidad del registro y, por tanto, exaltadas al carácter de auténticas, no necesitaban ellas de la formalidad de la ratificación que se impone para las declaraciones de nudo hecho con el sólo objeto de darlas a conocer de la contraparte, desde luego que los documentos públicos, los instrumentos pasados por el registro se presumen de todos conocidos”; Que “a pesar de esta circunstancia, el Honorable Tribunal de Cali le resta todo valor probatorio a la declaración del testigo Miguel Posada porque no alcanzó a ser ratificada dentro del juicio”; y que “para el caso concreto de la declaración de Miguel Posada la disposición del artículo 693 no puede tener aplicación porque esa disposición sólo rige para las declaraciones de nudo hecho que necesiten ser conocidas, para que las personas interesadas puedan entrar a desvirtuarlas. No así para aquellas declaraciones que como la de Miguel Posada, presentada en una escritura pública debidamente registrada ha sido dada a conocer públicamente por medio del registro. Consecuencia de lo anterior es que el Tribunal de Cali aplicó indebidamente el artículo 693 del Código Judicial, el cual no es pertinente para el caso por lo ya explicado; y por tanto, violó esa disposición por errónea interpretación y por aplicación indebida. Y como no tuvo en cuenta las disposiciones

de los artículos 630 y 632 del Código Judicial, violó esos textos en forma directa por no haberlos aplicado”.

Por las mismas razones considera el recurrente que el Tribunal violó en forma directa los artículos 1758 del Código Civil y 597 y 636 del Código Judicial, al no haberlos tenido en cuenta al proferir su fallo.

Tercer cargo. Se formula por violación directa de los artículos 724, 727, 728 y 730 y 604, 606 y 607 del Código Judicial, y de los artículos 1757 y 1769 del Código Civil, debido a que el Tribunal no tuvo en cuenta el acta de la inspección ocular practicada por el juez del conocimiento y el socio de peritos el 27 de septiembre de 1945. El recurrente destaca la siguiente constancia dejada por el Juzgado en esa diligencia: “Las mejoras hechas por María Herlinda Gómez, consistentes en cuatro piezas con paredes de bahareque, pisos de madera, a excepción de la cocina que tiene piso de barro, techadas las cuatro piezas con tejas de barro”. Más adelante agrega el Juzgado: “Como mejoras hechas por el demandado Lucumí, se determinaron las siguientes: tres piezas de paredes de bahareque, con piso de madera y techadas con teja de barro”. Igualmente hacen notar el recurrente que los peritos en su exposición o dictamen se expresan así: “Las mejoras de la señora Herlinda Gómez consistentes en cuatro piezas, cuya área es de 46 metros cuadrados con 80 cm. cuadrados, a razón de quince pesos (\$ 15.00) M/cte. metro cuadrado construido incluyendo mano de obra; el patio encementado que tiene una área de 25 metros cuadrados con 20 cm. cuadrados a razón de tres pesos (\$ 3.00) M/cte. metro cuadrado, o sea un valor total de las mejoras de la señora Gómez de setecientos setenta y siete pesos con sesenta centavos (\$ 777.60) M/cte.”. A su juicio, pues, el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al no haber apreciado esa prueba, con lo cual violó, por infracción directa los artículos 724, 728 y 730 del Código Judicial. Además, por las mismas razones, fueron violados también los artículos 1757 y 1769 del Código Civil y el 606 del Código Judicial.

Agrega el recurrente: “En la inspección ocular que nos estamos refiriendo, como se deja ya establecido, además del personal de la diligencia, es decir, del Juez, secretario y peritos, estuvieron presentes el señor Gregorio Lucumí y su apoderado doctor Jorge Ernesto Martínez Rivera. Se dejó la atestación escrita de cuáles eran las mejoras de la señora María Herlinda Gómez, que se

as mismas a que se refiere su demanda, y de cuáles las mejoras del señor Gregorio Lucumí. Pues bien, esa atestación que consta en el acta de la inspección ocular, hecha por el Juzgado como fruto de su observación personal, y corroborada por la exposición de los señores peritos, no sólo fue aceptada por el señor Gregorio Lucumí y por su apoderado doctor Martínez Rivera, sino que estos mismos con su presencia, con su intervención directa en la diligencia y con el hecho de haber suscrito el acta de esa misma diligencia, sin ningún reparo ni observación alguna a esas constancias del Juez y de los peritos, han hecho suyas esas afirmaciones y constancias, lo que vale decir que han confesado ser cierto ese hecho capital de la demanda, es decir, el hecho de que las mejoras puntualizadas en la diligencia de inspección ocular, que son las mismas a que la demanda se refiere, esas mejoras, repetimos, son de la exclusiva propiedad de la demandante señora María Herlinda Gómez, por haberlas construido ésta a sus propias expensas, es decir, con dinero de su exclusiva propiedad". Y concluye afirmando que como el Tribunal no tuvo en cuenta para nada la anterior confesión de Lucumí y de su apoderado, incurrió en errores de hecho y de derecho que lo llevaron a infringir por no haberlos aplicado al caso, los artículos 1757 y 1769 del Código Civil y los artículos 604, 606 y 607 del Código Judicial.

Cuarto cargo. Según él, el Tribunal violó en forma directa los artículos 1758, 1765 y 1769 del Código Civil y los artículos 603, 630, 604, y 606 del Código Judicial, por no haberlos aplicado siendo procedentes.

El fundamento de la violación de estos textos lo encuentra el recurrente en el hecho de haber pasado por alto el Tribunal la declaración de Gregorio Lucumí que aparece en la escritura de hipoteca número 1434 de fecha 25 de agosto de 1943 otorgada ante el Notario Tercero de Cali, cuya copia con nota de registro figura en autos. En la cláusula pertinente de tal escritura se lee: "Que el lote de terreno lo tiene el señor Lucumí en calidad de arrendatario de este Municipio, según contrato número 377 de 18 de julio de 1938, celebrado con la Personería Municipal de esta ciudad y a casa la construyó la señora María Herlinda Gómez, a sus propias expensas...". Sobre el particular razona así el recurrente: "Con respecto de la fuerza probatoria y obligatoria de un instrumento público, el artículo 1759 del Código Civil es muy claro: "El instrumento público hace plena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no

hace plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos por título universal o singular". "Por su parte el artículo 1765 del mismo Código Civil establece que el instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato. El artículo 603 del Código Judicial dispone que las declaraciones de los interesados en instrumentos públicos, documentos privados y otras pruebas preconstituídas, tienen el valor probatorio reconocido por las leyes. El 630 del mismo Código Judicial enseña que la escritura pública para ser estimada como prueba, se presenta por las partes en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida". "La declaración que hace en el instrumento público a que nos estamos refiriendo, el señor Gregorio Lucumí de que la casa sobre la cual se constituye el gravamen hipotecario por medio de la escritura mencionada, es de propiedad exclusiva de María Herlinda Gómez, por haberla construido a sus expensas, es una declaración, no de un extraño o tercero, sino de una de las partes contratantes, hoy, en relación con este proceso, de una de las partes contendientes. Quiere esto decir que esa declaración de Gregorio Lucumí reviste el carácter de confesión, al tenor de lo que enseña y define el artículo 604 del Código Judicial... Y como esa confesión hecha ante funcionario público y que consta de un instrumento auténtico y público a la vez, fue traída al juicio y puesta en conocimiento de la persona que la hizo, y esta persona o sea Gregorio Lucumí, no ha tratado siquiera de redargüirla, ni se ha opuesto a ella, quiere decir que esa confesión se ha investido del carácter de judicial, desde luego que tácitamente se encuentra ratificada y corroborada dentro de la secuela del presente juicio. Siendo esto último así, como en efecto lo es, esa confesión tiene el carácter de plena prueba, o fuerza plena probatoria, al tenor de lo que dispone el artículo 606 del mismo Código Judicial".

Se considera

Como en los cuatro cargos formulados el recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 697, 693, 630, 632, 724, 727, 728, 730, 604, 606, 607, 597, 603 y 636 del Código Judicial y 1757, 1758, 1759, 1769, 1765 y 1766 del Código Civil, re-

pitiendo en los distintos cargos similares razones, es el caso de estudiar en conjunto la demanda de casación.

En el cargo primero se acusa la sentencia por violación del artículo 697 del Código Judicial que se refiere al valor de la prueba testimonial, pero no se indica cuál texto sustantivo fue quebrantado por el Tribunal como consecuencia del error en la apreciación de tal prueba.

En el cargo Segundo se alega violación de las siguientes disposiciones legales: del artículo 693 del Código Judicial que se refiere también al valor de la prueba testimonial; de los artículos 630, 632 y 636 del mismo Código que reglamentan el valor probatorio de los instrumentos públicos; del artículo 597 ibidem que trata sobre la manera como deben llevarse las pruebas al juicio, y del artículo 1758 del Código Civil que define lo que se entiende por instrumento público o auténtico y por escritura pública. Tampoco señala el recurrente norma sustantiva alguna infringida por la sentencia acusada.

En el Tercer cargo se pretende demostrar la violación directa de los artículos 724, 727, 728, 730, 604, 606 y 607 del Código Judicial que pertenecen al Título XVII sobre "pruebas"; los primeros reglamentan la materia de la inspección ocular y los últimos, tratan de la confesión. También se invoca la violación de los artículos 1757 y 1769 del Código Civil, el primero de los cuales establece la norma general de que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquélla o ésta, y el segundo trata de la confesión en juicio y su mérito probatorio. Se omite igualmente en este cargo la cita de alguna disposición sustantiva que hubiera sido violada por la sentencia del Tribunal.

El Cuarto cargo, en síntesis, se reduce a acusar la sentencia del Tribunal por error de hecho manifestado cometido como consecuencia de no haber apreciado la prueba contenida en la escritura pública N° 1434 de 25 de agosto de 1943, pasada en la Notaría Tercera de Cali. En este instrumento consta que las partes interesadas en este juicio concurren y declaran: "Sexto. Que el lote de terreno lo tiene el señor Lucumí en calidad de arrendatario de este Municipio, según contrato N° 377 de 18 de julio de 1938 celebrado con la Personería Municipal de esta ciudad y la casa la construyó la señora María Herlinda Gómez, a sus propias expensas, según declaración extrajuicio protocolizada por escritura pública número 1454 de 4 de noviembre de 1942 de esta Notaría".

En efecto, respecto a la citada escritura, el Tribunal solamente dijo: "Lucumí firmó la escritura contentiva del contrato de mutuo o crédito hipotecario, sin dejar constancia de ella de su conformidad, y no probó en el juicio la circunstancia de haber manifestado al prestamista y al notario su protesta por la intervención de la Gómez, con el carácter de copropietaria, en ese acto; si bien dicho acto no supone por sí solo el dominio o propiedad de quien hipoteca, sobre la cosa hipotecada; ni probó los hechos restantes afirmados por él al contestar las posiciones transcritas".

En la "síntesis de las pruebas" manifiesta el Tribunal que la ineficacia de la totalidad de aquéllas dimana de la deficiencia manifiesta de la prueba testimonial, y hace una nueva referencia a ésta, sin mencionar siquiera la contenida en la escritura de que se trata. Resulta así evidente que el Tribunal no tuvo en cuenta la citada escritura cuando llegó a la conclusión de que la demandante no había probado ser la propietaria de las mejoras motivo del pleito.

Sin embargo, la declaración conjunta hecha en la escritura de hipoteca es muy clara y categórica en el sentido de que la casa la construyó Herlinda Gómez a sus expensas conforme a declaraciones protocolizadas. Por consiguiente, al tenor del artículo 1759 del Código Civil, tal escritura pública constituye en esa parte, como en el resto de su contenido, plena prueba entre quienes la suscribieron.

Esta declaración no es unilateral como lo pretende el opositor, porque al acto comparecieron tanto Gregorio Lucumí C. como Herlinda Gómez, y la escritura lleva sus firmas.

Es cierto que Lucumí trata de explicarla en las posiciones absueltas dentro del juicio, expresando que varias circunstancias lo obligaron a aceptar que tal cosa se dijera en la escritura sin ser ésa la verdad. Pero tales afirmaciones carecen por completo de respaldo en las pruebas allegadas al juicio.

La escritura en mención fue traída al proceso con las formalidades legales y atestación de su registro, mediante oportuna solicitud y decreto de la prueba en la segunda instancia. En tal virtud, el Tribunal no podía desconocer el pleno valor probatorio que la declaración transcrita tiene contra el demandado, al tenor del artículo 1759 citado. No se trata de que el Tribunal le hubiera dado valor de prueba en contrario a las declaraciones recibidas en el juicio, porque ya se vio

cómo respecto de éstas manifiesta que no son bastantes para determinar con certeza quién construyó a sus expensas las mejoras. Se trata, sencillamente, de que el Tribunal no le dio la menor importancia a la escritura ni le reconoció valor probatorio alguno, con desconocimiento del artículo 1759.

El Tribunal violó sin duda alguna en forma directa el citado artículo 1759 del Código Civil. Pero como lo ha expresado la Corte en reiterada jurisprudencia, las normas legales sobre pruebas, sea que se encuentren en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Civil, no constituyen normas sustantivas sino simples normas adjetivas o procedimentales, porque no otorgan derechos. Lo que le da el carácter de sustantiva a una disposición legal no es la ubicación en determinado código sino su naturaleza intrínseca, como sucede siempre que de ella se deducen derechos materiales o situaciones jurídicas que generen tales derechos. La regulación probatoria mira a patentizar ante el funcionario judicial la existencia de aquellos derechos, pero no los crea ni los otorga.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 520 del Código Judicial, es procedente invocar la causal 1ª de casación cuando la sentencia resulta violatoria de ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida, o interpretación errónea. Si el quebrantamiento proviene de error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, débese demostrar por el recurrente que tal error condujo a la violación de una norma legal sustantiva, explicando el sentido y alcance de la transgresión.

En el presente caso, como ya se ha observado, el recurrente se limita a acusar la sentencia del Tribunal por violación de normas procesales del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil, pero no señala como vulnerada ninguna norma legal sustantiva. En el caso del cargo cuarto, por ejemplo, habiendo demostrado como lo hizo la violación del artículo 1759, del Código Civil, le correspondía consecuencialmente alegar que ella había coducido en forma indirecta a quebrantar determinadas normas legales sustantivas que consagran los derechos del interesado, desconocidos o vulnerados por el fallo. Como no procedió así, corresponde a la Sala desestimar la demanda por indebida fundamentación de los cargos. Sabido es que la Corte en casación no puede ampliar las acusaciones de la demanda ni tener en cuenta posibles violaciones de ley que no se hayan hecho valer expresamente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 7 de abril de 1948.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Gerardo Arias Mejía—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

PARA LA DISOLUCION JUDICIAL DE UNA SOCIEDAD, SE REQUIERE LA AUDIENCIA DE TODOS LOS SOCIOS — EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA PUEDE HABER SOCIOS INDUSTRIALES — EL GERENTE DE UNA SOCIEDAD NO TIENE, COMO TAL, LA REPRESENTACION DE UN SOCIO DETERMINADO

1—Si para una disolución voluntaria se exige (art. 2133 del C. C.) el acuerdo de todos los socios, no habría razón para que se pudiera disolver judicialmente una sociedad, sin audiencia de todos los socios.

2—Parece que la ley sobre compañías de responsabilidad limitada no consiente la presencia en ellas de socios industriales, porque no se armoniza esto con la necesidad de hacer apreciación fija del aporte, a fin de responder con éste ante terceros, ni armoniza con la declaración que hay que hacer acerca de que los aportes han sido pagados; pero es la verdad que la misma ley da margen a la introducción de socios industriales, pues dice en su artículo 6°: “El aporte de industrias no da lugar más que a una participación en los beneficios sociales”.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

José G. Neira, Juan de Dios Muñoz, Dídimo Choís Giraldo, Pedro Nel Choís Giraldo, Ana René Choís Giraldo, Deyanira Choís Giraldo y Dolores Giraldo v. de Choís, constituyeron una sociedad comercial de responsabilidad limitada, según escritura pública 3335 de 22 de diciembre de 1945, Notaría Primera de Cali, la cual sociedad debía figurar bajo la razón social de “J. Neira Choís & Compañía Limitada”.

En la escritura social fue nombrado Gerente el socio Neira, quien debía aportar la suma de \$ 35.000, “en cantidades parciales a medida que lo vayan exigiendo los trabajos de la urbanización”.

Muñoz entró a la sociedad como socio industrial. Los Choís Giraldo, cuatro hermanos y su ma-

dre, aportaron la suma de \$ 65.000 en un inmueble con destino a ser urbanizado.

En cuanto a las utilidades, serían distribuidas así: para la familia Choís Giraldo, el 34%; para el socio industrial, el 33%; y para el Gerente Neira, el 33%.

Por razones que no hay para qué examinar, los cinco socios Choís Giraldo y Giraldo v. de Choís, dentro del primer año de existencia de la compañía, presentaron por medio de apoderado, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, una demanda ordinaria contra el socio Neira, “tanto en su carácter de socio como en el de Gerente de la firma J. Neira Choís y Compañía Limitada”, en la cual se pide:

La disolución de la sociedad citada;

Como consecuencia, la liquidación judicial;

La restitución del lote aportado por la familia Choís Giraldo; y

Pago de perjuicios por parte del socio Gerente.

El Juzgado clausuró la instancia con el fallo de cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, en el cual se despachan favorablemente las peticiones de la demanda.

Apeló el demandado Neira, y el Tribunal Superior de Cali, según proveído de veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, revocó el de primera instancia y declaró probada la excepción de petición de un modo indebido.

El apoderado de los actores interpuso el recurso de casación, que concedido y tramitado en debida forma, se procede a decidir:

La única razón del Tribunal sobre el desenlace del pleito, ha sido la circunstancia de que en la demanda no se comprendió al socio industrial Muñoz. Dice: “No obstante haber sido constituida la sociedad por las siete personas arriba mencionadas, respecto de las cuales quedó reglamentada la correspondiente distribución de utilidades, la presente demanda sobre disolución y liquidación de la sociedad, como consecuencia de las causales en ella alegadas, se ha promovido sin comprender en la misma al socio Juan de Dios

Muñoz... La omisión de que se está hablando no se relaciona con irregularidad de carácter procesal, sino con una formalidad jurídica sustancial, como es la de no haber sido también demandado el socio Juan de Dios Muñoz, ya que se trata de obtener la anulación del mencionado contrato de sociedad, de que hace parte”.

Acerca de esta tesis del Tribunal dice el recurrente que de ella surge la primera causal de casación: ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa. En seguida hace anotación de algunos hechos y circunstancias de que el Tribunal no tomó nota, y expresa: Al desconocerse estos hechos, “se han violado directamente los artículos 467 ordinal 3º, 509, 520 y 523 del C. de Comercio, disposiciones sustantivas todas que el Tribunal no ha aplicado, ni indebida, ni erróneamente, siendo por lo tanto directa su infracción”.

Los hechos de que habla el recurrente son:

1º—Que de acuerdo con los artículos 467 del C. de Comercio, las sociedades de responsabilidad limitada están obligadas a expresar el nombre de los socios encargados de la administración, lo que se hizo en la escritura social designándose como Gerente al señor Neira.

2º—Que el Gerente de una sociedad tiene la representación de la misma, no sólo ante terceros sino también ante los propios socios; y

3º—Que el artículo 250 del C. Judicial expresa que las personas jurídicas comparecen en juicio por medio de sus representantes convencionales, y que en la demanda se pidieron unas declaraciones con citación y audiencia de Neira, tanto en su carácter de socio como en el de Gerente de la firma J. Neira Choís & Cía. Ltda.

Y pregunta después el recurrente: “¿Si pues se demandó al Gerente, para qué se quiere hacer enderezar la demanda contra el socio industrial? Abundancia inútil”.

De acuerdo con la ley 124 de 1937, sobre compañías de responsabilidad limitada, éstas se rigen por las reglas de las sociedades colectivas en lo no previsto en tal ley ni en los estatutos correspondientes. Y de acuerdo con el artículo 532 del C. de Co., sobre sociedades colectivas, éstas se disuelven por los modos que determina el Código Civil.

En armonía con normas civiles, la disolución de una sociedad colectiva puede ser normal, como en el caso de cumplimiento del plazo de constitución, o accidental, como en el caso de una orden judicial, o por circunstancias previstas en la ley,

como en el evento de insolvencia, o por un acuerdo entre los socios; de donde resulta la disolución voluntaria, la judicial y la legal.

La disolución, por motivos graves, debe ser declarada por el Juez, y de ahí la demanda que se ha presentado en este juicio.

Mas hay una disolución voluntaria, como se ha anotado, y es la prevista en el artículo 2133 del C. C. que dice: “La sociedad podrá expirar en cualquier tiempo por el consentimiento unánime de los socios”.

Y sirve esto para sacar la siguiente conclusión: si para una disolución voluntaria se exige el acuerdo de todos los socios, no habría razón para que se pudiera disolver judicialmente una sociedad sin audiencia de todos los socios.

Conclusión ésta a que acuden el artículo 1602 del C. C. conforme al cual un contrato puede ser invalidado por el mutuo consentimiento de todos los contratantes, y el artículo 1525 del mismo Código de acuerdo con el cual una obligación puede extinguirse por convención entre las partes interesadas y por declaración judicial de nulidad.

Resultaría, por lo demás, inexplicable, y como inexplicable falta de norma legal, que a la constitución de una sociedad tuvieran que acudir y firmar la escritura respectiva todos los interesados, y que no todos tuvieran que acudir al acto de disolución. Disolución quiere decir que se disuelve el vínculo jurídico que unía a los asociados, y ese vínculo no puede extinguirse, conforme a triviales nociones de derecho y de justicia, sino con la colaboración o asistencia de todas las personas que intervinieron en su creación.

La sociedad es un contrato bilateral; los contratos bilaterales nacen de la voluntad de todos los contratantes; y sólo por voluntad de todos ellos se extinguen, según el artículo 1625 que se dejó citado atrás. Es norma de derecho y postulado popular que las cosas se deshacen, por punto general, del modo como se hacen. Si un vínculo jurídico se creó por un equipo de personas ese mismo equipo debe acudir a la disolución del vínculo.

Sobre esta materia, es repetida la jurisprudencia de la Corte. En uno de sus fallos se lee: “Si la parte interesada en invalidar el vínculo contractual, omite citar al juicio a los demás contratantes, la acción así instaurada no es capaz de producir efecto alguno contra las personas o entidades que lo contrajeron, y carece por tanto de eficacia para desatar dicho vínculo una vez que las instituciones patrias no permiten que se pronuncie fallo alguno que pueda menoscabar el pa-

trimonio de una persona sin haberla llamado a responder en el juicio respectivo". (G. J. Tomo XXXIV pág. 208).

De lo dicho se deduce que la disolución de una sociedad no puede resultar sino de la asistencia de todos los socios, o voluntariamente, o por llamado de la justicia.

En el caso a estudio, es posible que se hubiera prescindido en la demanda de Muñoz, por ser socio industrial. El recurrente dice, como ya se anotó, que no había necesidad de enderezar la demanda contra ese socio industrial, porque allí estaba el Gerente. Como significando con esto que no era esencial su presencia.

Un socio industrial, es un socio. Parece ser que la ley sobre compañías de responsabilidad limitada no consiente la presencia en ellas de socios industriales, porque no armoniza ésto con la necesidad de hacer apreciación fija del aporte, a fin de responder con éste ante terceros, ni armoniza con la declaración que hay que hacer de que los aportes han sido pagados; pero es la verdad que la misma ley da margen a la introducción en la sociedad de socios industriales, pues dice en su artículo 6º: "El aporte de industrias no da lugar más que a una participación en los beneficios sociales".

De esta suerte y para el efecto de la disolución de la sociedad, Muñoz era un socio como cualquiera de sus compañeros, como lo fue para el nacimiento de la compañía.

Pero se alega que no había necesidad de citar a Muñoz porque se citó a Neira como Gerente de la sociedad. Este es un error jurídico. Es trivial decir que una cosa es la sociedad, y otra distinta los socios individualmente considerados. Neira figura como Gerente de la sociedad, y como tal representa a ésta, pero no es Gerente ni de Muñoz ni de ninguno de los otros socios individualmente considerados, y no los puede, por tanto, representar.

Neira es Gerente y representante de la sociedad, pero dentro del marco del objeto social de ésta, nada más. Un Gerente puede usar de la firma social, la cual constituye la personalidad de la sociedad, y da razón del mandato recíproco que se confieren los socios para tratar y obligarse a los terceros (art. 482 del C. de Co.). Un Gerente es un mandatario, con funciones determinadas en los estatutos o en la ley (arts. 2558 del C. C. y 512, 520, 527 del C. de Co.), funciones que puede desarrollar en armonía con el objeto social.

También ese Gerente, bajo la firma social, re-

presenta judicialmente a la sociedad, pero no representa al socio A ni al socio B en particular. Neira no podía representar a Muñoz, porque sus atribuciones de mandatario judicial no van más allá de una defensa de los intereses de la sociedad. A cargo del Gerente no está la defensa de uno de los socios de la Compañía.

El recurrente quiere escudarse también en el artículo 250 del C. Judicial el cual dice que las personas jurídicas comparecen en juicio por medio de sus representantes convencionales.

Esto es así. Neira puede representar en juicio a la persona jurídica de que es Gerente; pero no puede representar a la persona natural llamada Juan de Dios Muñoz. Este se ha quedado sin representación en el pleito presente.

Dice en otra parte el recurrente que el Tribunal violó también el artículo 15 de la ley 95 de 1890, al no aplicarlo, ya que debió declararse de oficio la nulidad a que tal disposición se refiere.

El artículo 15 invocado por el recurrente, fue subrogado expresamente por el 2º de la ley 50 de 1936. Está, pues mal traído a debate.

De acuerdo con esta ley, es verdad que el Juez puede y debe declarar las nulidades absolutas que aparezcan de manifiesto en un contrato. Mas se pregunta: ¿a cual nulidad en concreto se refiere el recurrente en su cargo? No lo dice, y apenas enuncia las que se presentan "de bulto". Y en las peticiones de la demanda se habla de que la sociedad "queda disuelta por justos motivos, tales como la existencia de nulidad absoluta entre los socios". Fuera de esto, las nulidades se pueden declarar en juicio en que todas las partes contratantes estén en juego. Esto es de simple percepción jurídica. La Corte ha dicho que no es irrestricto el poder del Juez para declarar una nulidad de acuerdo con la ley 50 mencionada, pues deben concurrir estas tres circunstancias: que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato; que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos y obligaciones para las partes; y "que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél, o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron" (G. J. Tomos XXX, pág. 59. LXII, pág. 372. XLVII, págs. 66 y 285).

No pueden prosperar los cargos contra la de-

manda. No han sido violados los textos legales invocados por el recurrente.

Por lo anotado, 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 del Tribunal Superior de Cali, de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.



CUANDO SE PIDE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS ORIGINADOS EN EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO, LA DEMANDA DEBE ADEMÁS INVOCAR EXPRESAMENTE LA RESOLUCION O EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

1.—Según jurisprudencia constante de la Corte, reconocida una excepción perentoria, es improcedente el estudio a fondo del negocio respectivo.

2.—El artículo 1546 del Código Civil dice que el contratante que se considere lesionado puede pedir, o la resolución del contrato, o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios.

De esta suerte, la demanda debe invocar uno de los extremos enunciados, y pedir, como consecuencia, la indemnización a que se aspira. Si así no se hizo, quiere ello decir que se pidió de modo indebido, lo cual constituye una excepción perentoria que debe ser declarada.

Corte Suprema de Justicia. — Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Por medio de correspondencia, Alfonso Garrido T., hablando en nombre de su señora madre Elena T. de Garrido, celebró un negocio con Abraham Aparicio, para un hijo de éste llamado Fernando Aparicio, negocio sobre un lote de tierra, situado en el barrio de San Fernando de la ciudad de Cali.

Las bases sobre ese negocio se encuentran en unas cartas dirigidas por el citado Alfonso Garrido, al citado Abraham Aparicio. En una de ellas, fechada en Cali el 16 de diciembre de 1943, le dice el primero al segundo: que le confirma “el negocio que usted y yo hemos celebrado sobre venta de un lote de tierra en el Barrio de San Fernando”; que “me he comprometido a venderle” el lote con las especificaciones allí detalladas: que “el lote que he vendido a usted es irregular”. En otra de esas cartas fechada el 17 de agosto de 1944, le dice Garrido a Aparicio: Me refiero a mi carta de 16 de diciembre de 1943 (la anterior) “relacionada con la promesa de venta que le hice de un lote de tierra de propiedad de mi madre situado en el Barrio de San Fernando de esta

ciudad”. En otra carta posterior le dice aquél a éste: “En cuanto a la venta del lote de tierra que yo ofrecí vender a usted por carta de 16 de diciembre de 1943...”. Y esto mismo dice Garrido a Aparicio en carta de 18 de diciembre de 1944, en la cual agrega: En vista de que va corrido un año sin que el negocio se haya perfeccionado, “y aunque en la promesa no se especificó plazo de vencimiento de la misma, comercialmente se entiende que un año es plazo por demás amplio para haber dejado este negocio debidamente terminado”; y se ha resuelto “cancelar definitivamente dicha promesa de venta”.

Por lo que se ve, Garrido insistió en sus cartas acerca de que se trató de una promesa de venta “aunque no se especificó plazo de vencimiento de la misma”.

Notificado Fernando Aparicio sobre la resolución de dar por terminado el negocio, presentó demanda ordinaria contra Garrido y su madre, valiéndose de apoderado, demanda de 10 de agosto de 1945 de la cual conoció el Juzgado 2° Civil del Circuito de Cali.

Es muy interesante puntualizar los términos de esa demanda, a fin de tenerlos presente al considerar los de la demanda de casación:

a) Pidió el actor que se declare que los demandados son responsables “por, incumplimiento del contrato de compraventa” sobre un lote de terreno, celebrado el 16 de diciembre de 1943 entre ellos y el señor Abraham Aparicio, y que deben pagar el valor de los daños y perjuicios materiales que le han causado “con el incumplimiento del contrato de compraventa” mencionado. Y pidió también que se declare que debe ser pagado en Cali ese valor “por incumplimiento del contrato ameritado”.

Como se lee, todas las súplicas de la demanda se refieren a un contrato de compraventa.

b) En los hechos de la demanda se habla de la celebración de un contrato de compraventa entre Garrido y Aparicio.

c) En los fundamentos de derecho de la demanda se sostiene que el negocio Garrido-Aparicio versó sobre la compra de un lote de tierra.

d) En esos mismos fundamentos se destaca la afirmación de que el negocio no versó sobre una promesa de venta, y se da como razón que "no se extendió en papel sellado ni se fijó plazo para el pago del precio".

Esto explica el que en la demanda no se invoque el texto sobre promesa.

e) En esas mismas consideraciones de derecho se apunta que el citado negocio no versó sobre una opción.

Todo esto deja ver que el actor presentó demanda en relación con un contrato de compraventa, a la vez que sostiene que no se trata ni de una opción, ni de una promesa de venta. Puntos de vista que el actor confirma y amplía en sus alegatos de fondo ante el Juzgado y ante el Tribunal. Allí se vuelve a sostener por el actor que el negocio no versó sobre un contrato de promesa de venta, sino de una venta simple.

El Juez de instancia desató la litis absolviendo a los demandados, con la razón de que no hubo propiamente plazo para el total cumplimiento de las obligaciones contraídas por el señor Abraham Aparicio para con los demandados, pues tal plazo pendía de la voluntad de éste", por lo cual son nulas las obligaciones al tenor del artículo 1535 del C. Civil. Dice en síntesis la sentencia de primer grado

"En dependiendo de la simple voluntad del doctor Fernando Aparicio R. por sí mismo, o de la de su representante o apoderado señor Abraham Aparicio el pago del precio convenido, lógicamente subsiste en la actualidad el caso clásico de una condición potestativa que consiste en la sola voluntad de la persona que se obliga, para este caso el comprador que tomó para sí el plazo mismo para el pago del lote, 'pago que realizaría el comprador cuando le fuera posible', según propias palabras del demandante en el hecho tercero de su demanda. Y ya se vio que el inciso primero del artículo 1535 del Código Civil estatuye que son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, lo que, como ya se dijo, ha ocurrido en el caso de autos".

Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Cali conoció del negocio y le puso fin con el fallo de veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, en el cual se confirmó la absolución pronunciada por el Juzgado.

El Tribunal llegó a su conclusión por un razonamiento distinto al del Juzgado. En su concepto, ni se trata de un contrato de compraventa, ni

se trata de un contrato de promesa de venta, sino de un contrato unilateral de opción, inoperante por esta razón que allí se lee:

"Mas, si como contrato de opción puede tomarse la negociación a que se ha hecho mérito, la condición a que fue sometida ha tardado más de un año en cumplirse, según se desprende de las pruebas aportadas por el propio demandante, pues la carta dirigida por el doctor Garrido T. al señor Abraham Aparicio el día 16 de diciembre del año de 1944 y en la cual se desiste definitivamente de la negociación ameritada por no haberse pagado hasta esa fecha el valor íntegro del lote prometido —que era la condición— fue escrita, justamente, corrido un año desde la celebración del contrato. Por lo tanto, y de acuerdo con el numeral 2º del artículo 23 de la Ley 51 citada (año 1918), tal condición debe tenerse por fallida en virtud de haber tardado más de un año en cumplirse".

El actor tampoco se conformó con este segundo fallo adverso, y contra él interpuso el recurso extraordinario de casación, que agotado en sus trámites, se entra a decidir.

Dentro de la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, el recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal. Se estudiará el primero porque la Sala estima que no hay necesidad de considerar el otro.

Dice el recurrente que cuando el Tribunal afirma que el negocio Garrido-Aparicio es un contrato unilateral "ha dejado de apreciar ciertos elementos de prueba y ha incurrido en error en la apreciación de otros: con lo primero, incide en manifiesto error de hecho, y con lo segundo, incurre en elocuentes errores de derecho".

Entra en seguida a hacer examen de las pruebas que en su concepto fueron mal apreciadas, o ignoradas, pruebas constituidas por unas cartas reconocidas y por unas posiciones, y dice que las cartas tienen fuerza de confesión al tenor del artículo 637 del C. Judicial, en armonía con el 1761 del C. Civil, y que las posiciones, también equivalen a confesiones, según el artículo 603 de aquel Código; y refiriéndose especialmente a la carta de 16 de diciembre de 1943, primera del negocio, expresa el recurrente que el Tribunal le restó valor e incurrió en error manifiesto de hecho y de derecho; y que con la omisión de apreciar los demás elementos probatorios, ha incurrido en manifiesto error de hecho, de manera que ha quebrantado, con violación directa, los textos legales citados, y lo han llevado al quebrantamiento de

los artículos 1494, 1495, 1496, 1499, 1501, 1502, 1517, 1551, 1546, 1602, 1603, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1618, 1626, 1627, 1634, 1638 del C. Civil; y artículo 89, Ley 153 de 1887. Y artículos 1849, 1857, 1861, 1863, 1864, 1880, 1882, 1928, 1929 del C. Civil.

El recurrente, con su argumentación y citas tiende a establecer que en el negocio Garrido-Aparicio no se trató de un contrato unilateral, sino bilateral, y dice: "El Tribunal de Cali, como dejamos dicho, ha sostenido en su fallo que el contrato entre Garrido T. y Abraham Aparicio pertenece a la primera clasificación de unilaterales, porque, según lo explica el Tribunal, no hay obligación de parte de Aparicio. Pero entonces, ¿por qué las cartas de Garrido hablan de contrato de compraventa? ¿Por qué si no hay obligación de Aparicio, recibió parte del precio? ¿Por qué entonces, la señora Elena de Garrido afirma que quien incumplió fue el señor Aparicio? ¿Acaso no está la prueba de la aceptación por parte de Aparicio, cuando confiesa el mismo apoderado de los demandados que Garrido recibió la carta de Aparicio en la que manifiesta al primero su aceptación al convenio, al contrato de compraventa con las modalidades de que habla la carta del 16 de diciembre de 1943?".

Sobre este punto dijo el Tribunal en su sentencia que de parte de Garrido hubo una promesa a favor de Aparicio, la cual es unilateral "por cuanto no aparece la promesa correlativa del señor Aparicio, de manera que aquél no podría exigir a éste el cumplimiento de obligación alguna por no aparecer prometida en el contrato". Agrega: La ley 51 de 1918 reconoce expresamente la promesa unilateral de contrato, dándole el nombre de opción; y si la condición a que debe estar sometida la opción se tardare más de un año en cumplirse, será ineficaz. Y termina: "En el caso sub iudice se contempla justamente la existencia de una promesa unilateral de contrato de venta, es decir, una opción a favor de Aparicio. Ella está sometida a condición válida que no depende de la voluntad del obligado y sí de un hecho voluntario de la persona a favor de quien está concedida la promesa". Mas como ya se dijo, el Tribunal estimó que en la opción la condición debía tenerse como fallida por el transcurso de más de un año sin cumplirse y de acuerdo con el numeral 2º del artículo 23 de la ley 51 citada.

En concepto del Tribunal, se trató de un contrato unilateral, lo cual no acepta el recurrente. Y tiene razón éste.

En la primera carta de Garrido para Aparicio se habla de un negocio que hemos celebrado, y se dice que a cuenta de ese negocio Aparicio ha entregado la suma de \$ 500. Y en la misma carta dice Garrido: "el lote que he vendido a usted".

En carta de 17 de agosto de 1944 le dice Garrido a Aparicio: "Me refiero a mi carta de 16 de diciembre relacionada con la promesa de venta que le hice de un lote". Y agrega: "Sobre el valor total de dicho lote he recibido hasta la fecha la suma de \$ 1.000".

En otra carta le dice Garrido a Aparicio que dá por cancelado el negocio y que ha recibido a buena cuenta de él la suma de \$ 1.600.

En posiciones habló Garrido del negocio celebrado con Aparicio y confesó que éste había exigido fijación del plazo para cancelar su obligación de pago.

En el hecho segundo de la demanda se dice que Garrido confirmó el negocio, y éste acepta.

En el hecho 3º se dice que el negocio quedó en firme por aceptación de Garrido, y en la contestación se acepta este hecho.

Y de otros hechos y sus contestaciones aparece que se trató de un negocio aceptado por ambas partes, acerca del cual se hicieron varios abonos en dinero, como parte del precio de la operación, y acerca del cual hubo definición precisa sobre el objeto de esa operación, y sobre el precio. Sin que haya para qué tener en cuenta si se trató de una compraventa o de una promesa de venta.

No queda duda, entonces, que hubo un acuerdo de voluntades sobre obligaciones recíprocas, que es precisamente lo que constituye el contrato bilateral. Lo que quiere decir que tiene razón el recurrente en sus objeciones contra la sentencia del Tribunal. Y que tiene razón, resulta de esta simple consideración que muy oportunamente hace el recurrente: si no se trataba de un contrato bilateral, ¿por qué Aparicio hace abonos por concepto del precio de la operación, y por qué Garrido expide recibos por esos abonos? En la correspondencia presentada con la demanda hay una tarjeta de Garrido para Aparicio en que le suplica pasarse por su oficina "con los recibos de dinero que yo le he dado sobre el pago del valor del lote de San Fernando, a fin de hacerle la devolución correspondiente". No quiere esto decir que Garrido y Aparicio tenían celebrado un contrato, con obligaciones mutuas, acerca del cual el segundo hacía pagos sobre el precio de la cosa, y el primero testificaba su recibo? Claro que sí. Garrido hablaba en su correspondencia de un

contrato celebrado con Aparicio, como ya se ha visto; y Aparicio, en carta para aquél que figura en el folio 17 del cuaderno número 4, le dice: "Usted no puede desconocer que tengo un derecho adquirido para comprar ese inmueble, pues no solamente las sumas de dinero que ya he abonado, y las cartas que entre nosotros nos hemos cruzado sobre este asunto me dan ese derecho, sino que el no haber fijado plazo preciso, ni haberse aceptado el pago del saldo en la forma ofrecida en agosto, me reafirman en ese derecho. Los esfuerzos que he realizado para los abonos hechos y los planes que he desarrollado sobre la base de la compra del lote de que vengo tratando, quedarían baldíos y me causarían serios perjuicios. Por consiguiente le ruego manifieste a su señora madre cuanto le dejo anotado, con el fin de que ella se sirva reconsiderar su determinación, sobre la base de que tengo listo el resto del dinero para cancelar totalmente mi deuda".

Prospera, entonces, el motivo de casación, pues es errada la tesis del Tribunal en cuanto sostiene que se trata de un contrato unilateral; mas en la práctica ningún éxito ha de alcanzar el recurrente por lo que se va a decir en la sentencia de instancia que se entra a dictar.

En la demanda se hacen estas súplicas:

Que la señora Elena Tovar de Garrido y el doctor Alfonso Garrido son responsables por el incumplimiento del contrato de compraventa de un lote de terreno, celebrado el 16 de diciembre de 1943 entre ellos y el señor Abraham Aparicio, quien lo negoció para Fernando Aparicio;

Que como consecuencia, los demandados deben pagar al demandante el valor de daños y perjuicios materiales que le han causado por el incumplimiento del contrato de compraventa mencionado; y

Que los demandados deben pagar las sumas en dinero que sean fijadas en juicio como valor de los daños y perjuicios que aquéllos le causaron al demandante por el incumplimiento del contrato de compraventa ameritado.

La Sala observa que en estas peticiones se está invocando un contrato de compraventa de inmuebles, sin que en el expediente se encuentre la es-

critura pública registrada, lo cual es esencial como prueba, según el artículo 1857 del C. Civil. Mas no se entra en el estudio a fondo del problema, porque de la lectura de aquellas peticiones surge una excepción perentoria temporal, que la Corte debe reconocer, y fallar el pleito en consonancia con ella, como lo prescribe el artículo 343 del C. Judicial; y según jurisprudencia constante de la Corte, reconocida una excepción perentoria, es improcedente el estudio a fondo del negocio respectivo.

Tiende la demanda, según los pedimentos, a alcanzar una indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato bilateral. Y dice el artículo 1546 del C. Civil que el contratante que se considere lesionado puede pedir, o la resolución del contrato, o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios.

De esta suerte, uno de los dos extremos enunciados se ha debido invocar en la demanda, y pedir, como consecuencia, la indemnización a que se aspira. No se hizo así, y quiere ello decir que se pidió de modo indebido, lo cual constituye una excepción perentoria que debe ser declarada.

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 del Tribunal Superior de Cali, de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, REVOKA la de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, el día primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete y declara probada en este juicio la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez —

Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín

Lloreda. — Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE PAGO DEL PRECIO DE UNAS MERCANCIAS VENDIDAS. — CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — CUAL ES LA LEY SUSTANTIVA PARA LOS EFECTOS DE ESTA CAUSAL. — INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION. — EN QUE CASOS ES ESTA INDIVISIBLE

1.— Dentro del mecanismo técnico de la causal primera, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fije el mérito probatorio, violación medio, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que dá acceso a la casación.

En el presente caso el recurrente señaló como violadas disposiciones que tienen reconocida su sustantividad de carácter procesal, en el sentido de importancia como medio de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho, y esto no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley de señalar la disposición propiamente sustantiva.

2.— En las respuestas aparece la confesión, con la adición de haberse cancelado el precio de esas operaciones, sin detallar la forma de su pago, lo que a “prima facie” implica una excepción y su posible separación del hecho principal confesado, para los efectos de la carga de la prueba. Pero, como en el proceso no hay comprobación distinta de la existencia de las negociaciones que la confesión del comprador, no se puede calificar ésta como divisible, porque el principio de la indivisibilidad impera precisamente en estas situaciones en que la parte contraria, no pudiendo alegar otra prueba que la confesión, se halla obligada a aceptar o desecharla por completo la declaración en que se funda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril treinta de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

En libelo de 29 de marzo de 1944, dirigido al Juez Civil del Circuito de San Gil, Francisco Ortiz Quintanilla pidió se condenara al demandado Remigio Navarro S., a pagarle la suma de dos mil setecientos sesenta y dos pesos, setenta y dos centavos (\$ 2.762.72), valor de ochocientos noventa y una arrobas, seis libras (891@ 6 lbs.) de café, a tres pesos diez centavos (\$ 3.10) arroba, más los intereses legales de esa suma a partir de la fecha o fechas en que el demandado compró ese artículo. Subsidiariamente, que Navarro S. fuera condenado a pagarle la cantidad que en el juicio se acreditare deberle por concepto de compras de café, los intereses correspondientes y más las costas del juicio.

El demandado Navarro S. contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones y presentó demanda de reconvencción en los términos que adelante se explican.

En el curso del juicio, Navarro S. reconoció los recibos o comprobantes expedidos por él y presentados por el demandante, por entregas de café hechas directamente al comprador, los cuales arrojan la cantidad de cuatrocientas sesenta y una arrobas, seis libras (461@, 6 libras); y en cuanto al entregado a Pedro J. Moreno, negó haberlo recibido y que éste lo hubiera hecho por su cuenta.

El demandado, con la contestación de la demanda, presentó libelo de reconvencción contra su demandante Ortiz Quintanilla, para que éste fuera condenado a pagarle las siguientes sumas de dinero: \$ 1.350.00, saldo del precio real de la venta de la finca “Olaya Rica y Palonegro”, que el demandado en reconvencción le compró a la señora Brígida Ordóñez de Navarro, esposa de Navarro S. y que por convenio entre compradora y vendedor, el primero se comprometió a pagar al contrademandante; \$ 640.00, que Navarro S. pagó a la señora Marciana Vargas de Ordóñez, por cuenta de Ortiz Quintanilla, por valor de arrendamientos de la finca “Paramito” en el año de 1933; \$ 905.00 pagados en el año de 1934, y \$ 440 pagados en el año de 1935; \$ 65.00 pagados por

Navarro S. a Roberto Ordóñez por cuenta y orden de Ortiz Quintanilla, \$ 140.00, valor de cuatrocientos metros de tubería que Navarro S. vendió a Ortiz Quintanilla; \$ 173.70 valor de una factura de mercancía que Ortiz Quintanilla le compró a Navarro S., y \$ 120.00, valor de una mula que Ortiz Quintanilla le compró al señor obispo Leonidas Medina, suma que Navarro S. pagó por cuenta de Ortiz Quintanilla al señor obispo, suma total que según lo afirma el demandante en reconvencción no le ha sido pagada por su demandado.

Los hechos principales de las demandas —principal y de reconvencción— aparecen consignados en los respectivos libelos y en las sentencias de instancia.

En sentencia de 10 de agosto de 1945, el Juez Civil del Circuito de San Gil condenó: al demandado principal a pagar la suma de \$ 1.431.08, al demandante; y a éste, como demandado en reconvencción, a pagar \$ 3.821.70, al demandante en reconvencción, y declaró probada la excepción perentoria de petición de modo indebido, en cuanto a las 431 arrobas de café por valor de \$ 1.333.10, recibidas por Pedro J. Moreno, alegada contra esta súplica de la demanda principal.

Ante el Tribunal Superior de San Gil se surtió la segunda instancia, como consecuencia de la apelación interpuesta por las partes contra aquella sentencia, la que fue clausurada con el fallo de 21 de junio de 1949, cuya parte resolutive dice:

“1º Condénase al demandado, señor Remigio Navarro S., a pagar al demandante, señor Francisco Ortiz Quintanilla, lo siguiente:

“a) Mil cuatrocientos veintinueve pesos, ochenta y dos centavos (\$ 1.429.82), valor de cuatrocientas sesenta y una arrobas, seis libras (461 @ 6 lbs.) de café pergamino, al precio de \$ 3.10 cada arroba, pago que hará seis días después de ejecutoriada esta sentencia.

“b) A pagar al mismo demandante Ortiz Quintanilla, el valor de cuatrocientas treinta arrobas (430@) de café en pergamino seco, al precio que tuvo el artículo, en esta ciudad, en los días 12, 26 y 28 de diciembre de 1936; 11 al 13 y 20 de enero de 1937, precio que será determinado en la ejecución de la sentencia. En lo demás se absuelve al demandado.

“2º Condénase al contrademandado, Francisco Ortiz Quintanilla, a pagar al contrademandante Remigio Navarro S., seis días después de la ejecutoria del presente fallo, la suma de mil setecientos treinta y ocho pesos (\$ 1.738.00), así: Gaceta—9

\$ 1.673.00 por razón del arrendamiento de “Paramito”, abonados a la señora Marciana Vargas V. de Ordóñez, y \$ 65.00 que recibió Roberto Ordóñez por orden y cuenta de Ortiz Quintanilla. En lo demás se absuelve al contrademandado. Se condena al demandado en las costas del recurso”.

Como fundamentos de estas ordenaciones, el Tribunal dio en síntesis, los siguientes:

Demanda principal

Que la demanda principal, comprende una sola acción, la de pago del precio de la cosa vendida, que según el libelo la componen 891 arrobas, 6 libras de café pergamino, que a \$ 3.10 la arroba, dan un precio total de \$ 2.762.72. La operación global comprende varias compras sucesivas efectuadas entre el cultivador Ortiz Quintanilla y el comerciante Remigio Navarro S., las cuales se agrupan en dos capítulos para claridad en el debate y para los efectos del alcance de la prueba en cada caso: uno de 461 arrobas, 6 libras, por valor de \$ 1.431.08 —el computo exacto arroja \$ 1.429.72— que Navarro S. recibió personalmente, en su almacén; el otro, por el resto del artículo entregado por el agricultor Ortiz Quintanilla a Pedro J. Moreno, quien lo recibió a nombre del demandado.

En cuanto hace al primer grupo, el demandado confiesa haberlo recibido, pero alega no adeudar nada en la fecha de la demanda, porque el café llegó a su poder en pago de una deuda mayor, que contrajo el demandante para con Navarro S., procedente de cuentas y arrendamientos que cubrió a la acreedora de aquél, señora Marciana Vargas de Ordóñez y de algunos préstamos de cuantía menor, al señor Roberto Ordóñez, pagos todos que el demandado efectuó según convenio celebrado con Ortiz Quintanilla.

Reconoció Navarro S., los seis comprobantes que acreditan las sucesivas entregas de café, con el peso ya mencionado, que el demandado recibió personalmente, en la forma explicada en las posiciones extrajudiciales y judiciales. (C. de P. N° 4, folios 6 v, 7 y 20 a 25, respectivamente).

Que en resumen, se trata de establecer el alcance probatorio de la confesión rendida por el demandado al reconocer los recibos-comprobantes. Que el Juez del conocimiento, admite que fue emitida una confesión compuesta, al agregarse a la declaración de recibo del artículo, la circunstancia de haberse hecho en pago de suministros pecuniarios que había hecho al demandante, y la adición debió ser probada y no lo fue y debe aco-

gerse la declaración de parte sólo en lo desfavorable al confesante. Conclusión que admite el Tribunal, pero, por motivos distintos; en primer término, porque la invocación de pago que hace el confesante, no implica necesariamente una excepción que debe comprobar; en segundo, porque la confesión examinada no es divisible, sino indivisible, porque el confesante admite un fenómeno jurídico distinto del de la compraventa de café, "como es la dación en pago para cubrir el deudor al acreedor el monto o una parte de la acreencia", y al no mediar otra prueba distinta de la confesión, debe acogerse ésta, tal como lo fue hecha, en su integridad.

Que, la prueba documental y otras circunstancias del proceso, contradicen la adición que abulta la confesión reconocimiento del demandado. Así, los comprobantes de la entrega de café, con anotación en ellos del precio correspondiente, no permiten inferir otra convención que una compraventa, máxime citando los cultivadores de ordinario destinan su producción para el mercado y según el proceso Navarro S., figuraba entre los comerciantes de la plaza, compradores de este artículo.

"Las explicaciones del demandado —agrega el Tribunal— luego de confesar que recibió el café, se desvirtúan ante los recibos y las demás constancias de que ya se hizo mérito. Queda pues en pie que aquéllos, sumados, representan 461 arrobas, 6 libras de café en pergamino seco, comprados a \$ 3.10 en el almacén del señor Navarro S., existente entonces en esa ciudad. El precio de ese cargamento es exigible, y la causa la compraventa en que Ortiz cumplió con el deber de entregar, sin que la otra parte haya satisfecho la obligación correlativa de pagar el precio acordado".

Respecto a las 430 arrobas de café pergamino, que se afirma vendidas también a Navarro S., con la mediación de Pedro J. Moreno, el Tribunal pone de presente la existencia en el proceso de siete recibos con las fechas y contenido indicados en el punto tercero petitorio de la demanda, firmados por Moreno, con la antefirma: "Por Remigio Navarro S.", que en su edición, formato y redacción, son iguales a los que firmó directamente el demandado, lo que indica que todos proceden del mismo talonario.

Estudia el Tribunal en seguida, las pruebas del demandado practicadas en la primera instancia, entre ellas el cuestionario sometido a Pedro J. Moreno, relacionado con las actividades de la Empresa Hidroeléctrica de San Gil y la calidad de

empleado de ésta, que tenía aquél; y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, que contiene el proceso de formación de esa Empresa, para anotar que se ha detenido en los antecedentes de la sociedad, "para definir la discutida representación del demandado y también para precisar las actividades del actual empresario y el alcance jurídico de las mismas.

Que el demandado afirma haber sido administrador del empresario doctor Ardila o de su negocio y que Pedro J. Moreno era dependiente de la misma, aseveración que confirman varios testigos presentados por el mismo, pues, todos ellos informan que Navarro S. compraba café para la Hidroeléctrica o se encargaba de alistarlos para la exportación.

En cuanto a la posición de Pedro J. Moreno, los testigos son unánimes. Los del grupo del demandado como los de la parte demandante, éstos en menor número, sostienen que Moreno era empleado de Navarro S., pues, atendía sus negocios que funcionaban en el mismo local de la empresa; que aún siguiendo el dicho del mayor número, que Moreno era empleado solamente de la Hidroeléctrica, los recibos que se examinan fueron firmados por él a nombre de Navarro S. y ya se demostró que éste era comprador por cuenta propia.

Que a los comprobantes se les debe mirar desde dos aspectos. El primero, en cuanto acreditan la entrega del café, y el segundo, a quien fue efectuada, resultando demostrada documentalmente la entrega de las 430@ de café pergamino, además de que Moreno en su declaración afirma que en diciembre de 1936 y enero de 1937, recibió café en pergamino de Ortiz Quintanilla, aunque pretende haber sido por cuenta de la empresa, hechos que comparte Navarro S. según pregunta que en tal sentido formuló el testigo.

Termina el Tribunal el estudio de la cuestión relacionada con las 430@ de café pergamino, así: "La prueba que resulta contra la parte demandada del cuestionario en mención, no puede acogerse en forma indivisible, porque la excusa de no haber recibido él, sino la Empresa, la contradicen los recibos. Está pues, en el caso de acreditar la adición confesoria y no lo hizo. Análogo razonamiento cabe con respecto al testigo Moreno, para desechar su explicación contra los recibos a cuyo tenor fue declarado confeso".

Demanda de reconvención

Deduce el Tribunal del texto de la demanda de reconvención tres acciones:

1ª—Pago por subrogación la cual proviene de haber pagado Remigio Navarro S. a la arrendadora Vargas de Ordóñez, muchos cánones del arrendamiento de "Paramito" y se reclama de Ortiz Quintanilla su pago a Navarro S., tercero en aquella ocasión esas mensualidades de su cargo y de que eran acreedores los dueños del inmueble.

2ª—Pago de las cosas vendidas. Por esta acción se pide por el contrademandante, el pago del saldo del precio real de la venta de la finca "Playa Rica y Palonegro" y el total de la de unos tubos de media pulgada y el de una factura de mercancía.

3ª—Pago de una suma que el contrademandado recibió en mutuo por mediación de un tercero, quien recibió en su nombre, como precio de un semoviente. Lo mismo, con relación a \$ 65.00 entregados a Roberto Ordóñez.

En el estudio de estas acciones, dice el Tribunal, que entre las pruebas del demandado, figura un legajo de comprobantes —151— sobre pagos de cánones de "Paramito", que ascienden a la suma de \$ 1.993.00, y tres recibos más que suman \$ 65.00 cuyo tenor acusa que el demandado entregó esa cantidad, por contados a Roberto Ordóñez, a título de mutuo, por orden y cuenta de Ortiz Quintanilla, lo que suma un total de \$ 2.058.00.

Que dichos comprobantes constituyen descargo para la parte que los exhibe, si aparece que quien recibió tenía facultad para ello. Pero, que debe tenerse en cuenta, "que en el presente juicio, la prueba de las partes descansa en la confesión" pues, los recibos presentados por ellas, tienen importancia probatoria secundaria; son apenas auxiliares en la apreciación de las diferentes declaraciones de parte, pues mediante esos escritos se habrá de decidir en cada caso, si la confesión es dividua o divisible. Comparecen, en fin, como principio de prueba por escrito".

Transcribe la sentencia enseguida, algunas de las posiciones absueltas por el contrademandado referentes a los puntos 13, 17, 18 y 20, para decir: "Las transcripciones que preceden se han escogido entre las que recapitulan la materia. En los demás puntos del cuestionario aparecen las mismas respuestas, referentes ya a cada mensualidad, pues el interrogatorio fue redactado en esa doble forma"; y que ante la serie de comprobantes exhibidos por el contrademandante sobre las erogaciones que llevó a cabo en favor de Ortiz Quintanilla, las confesiones de éste de haberle pa-

gado con dinero suyo, no son aceptables en su integridad, porque la prueba literal hace variar el alcance de la confesión.

Analiza el Tribunal, la declaración de Ortiz Quintanilla en cuanto a la misión confiada a Navarro S. para el pago de los arrendamientos, a la luz de los arts. 1630 y 2142 del Código Civil, con el fin de establecer el verdadero contrato celebrado entre ellos, para decir; "que se atiende a que no ha mediado otro acto jurídico que el pago de una deuda cumplido por un tercero hoy el demandado, con el consentimiento expreso del deudor, lo cual hace surgir la subrogación legal, según los arts. 1667 y 1668 ordinal 5º. Esto es, la tesis de la contrademanda".

En cuanto a la segunda acción, súplica sobre pago de la suma de \$ 1.350.00, que se afirma adeudar el demandante al demandado, como resto del precio de la compraventa de la finca "Playa Rica y Palonegro", comprada por Ortiz Quintanilla a la señora de Navarro S. en la suma de \$ 9.000.00, mediante la escritura 285 de 3 de agosto de 1936, el Tribunal manifiesta su inconformidad con el concepto del Juez del conocimiento, al considerar probado este pedimento con el mérito de la confesión judicial que le asignó a la declaración del demandante consignada en el punto 5º de las posiciones a su cargo.

Estudia el Tribunal los puntos 3º, 4º y 5º de la diligencia de posiciones examinada, en relación con la cláusula 4ª de la escritura arriba nombrada, para comentar: "Si a cuenta del precio de \$ 9.000.00, confesado, el absolvente declara haber cubierto el día de la escritura \$ 4.000.00 solamente, habría quedado a deber \$ 5.000.00 y no \$ 4.000.00. De la respuesta que contiene el punto 4º ya inserto, puede inferirse o un error consistente en haber dicho que pagó cuatro mil, en lugar de cinco mil, o que siendo Francisco deudor de \$ 5.000.00, aseguró \$ 4.000.00 con hipoteca del predio adquirido y los mil restantes quedaron pendientes como obligación personal solamente. El punto quedó sin esclarecer porque el funcionario nada observó al declarante; ni la parte que formuló el cuestionario adujo observación alguna al conferírsele el traslado de la diligencia.

"En cuanto al punto 5º y su respuesta, transcritos, al contestar el interrogado ser cierta la pregunta, en prueba de lo cual pagó al Banco de San Gil, emitió una explicación ajena del todo a la pregunta y aún en contradicción con el hecho que parece confesar. En este caso era ya imperativa la intervención del Juez, como dispone el

art. 617 del C. J. El absolvente debió ser amonestado para que su dicho y la razón de éste guardaran conformidad; para recabar de él una respuesta razonable. Cumplida la amonestación y sentada constancia de ésta en la diligencia, si no obstante, el preguntado se hubiera abstenido de contestar apropiadamente, procedía ya la declaración de confeso sobre tal pregunta.

"Si la respuesta 5ª, tomada en conjunto, no tiene ningún sentido, es arbitrario dividirla para extraerle un contenido que nada tiene que ver con las palabras, ni con el pensamiento del absolvente".

"De todas maneras, no fue confesada en las posiciones la pretendida deuda por \$ 1.350.00 y tampoco que el demandado hubiera sido diputado por la vendedora para recibir esta cantidad. Tomadas aisladamente o en conjunto esas respuestas, racionalmente sólo contienen que el absolvente no acepta ni la deuda contrademandada de \$ 1.350.00; ni el poder para que el señor Navarro la recibiera". —En el supuesto de que la deuda en mención estuviera probada lo cual no ocurre, porque aparte de la pretendida declaración de parte, ninguna demostración vino a los autos— faltaría acreditar el mandato en favor de Navarro S. para recaudar esa cantidad, porque en 1936 el marido no era ya representante legal de la esposa. La investidura debe conferirse por cualquiera de los tres medios que señala el art. 1638, ya citado, del capítulo "A quien debe hacerse el pago". Pero sobre esa procuraduría tampoco se trajo sino la inexistente confesión de Ortiz Quintanilla".

El recurso

El fallo del Tribunal, fue recurrido en casación por el demandado y demandante en reconvención, y sustanciado debidamente como está el recurso se decide en la forma que a continuación se expresa:

"Acuso —dice el recurrente— la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, por violación de la ley sustantiva y por infracción directa de la misma ley".

El recurrente no invoca causal alguna de casación, pero dados los términos de su demanda y la forma como han sido presentados los cargos, se infiere que ellos tienen su apoyo en la primera del art. 520 del C. J. Bajo esta consideración, la Sala los estudia en el orden en que han sido formulados.

a) Violación del art. 1757 del C. C. y del 697 del C. J., por "error de hecho y de derecho; de hecho

por cuanto hace a la errónea interpretación y de derecho en lo que respecta al sentido literal y obvio de los mencionados arts., pues desconoció el Tribunal e interpretó indebidamente no sólo una prueba testimonial concluyente sino también un documento oficial auténtico como el referido Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, hecho este último que vino a aumentar la violación de la ley sustantiva en sus arts. 632 y 329 del Código Judicial".

En síntesis, el desarrollo del cargo consiste en que el Tribunal condenó al demandado Navarro S., al pago del valor de las 430@ de café en pergamino al precio que hubiera tenido ese artículo en el mercado de San Gil, en los días 12, 26 y 28 de diciembre de 1936; y 11, 12, 13 y 20 de enero de 1937; conclusión a la que llegó por haber desechado las pruebas reveladoras de hechos contrarios a los supuestos por el Tribunal, como son: que en la ciudad de San Gil, en la época de la entrega y recibo del mencionado café, funcionaba la sociedad de Comercio denominada "Empresa Hidroeléctrica de San Gil", la cual por aquel entonces, se ocupaba entre otros renglones de sus negocios, en la compra y beneficio de café en pergamino por cuenta propia y también ajena; empresa que por las distintas transferencias que sufrió quedó como de propiedad del Presbítero doctor Luis Eduardo Ardila, y de la cual eran empleados Remigio Navarro S., como Administrador y Pedro J. Moreno, quienes efectuaban las compras de café para que los beneficiara dicha entidad comercial y firmaban los recibos de entrega unas veces Navarro S., directamente, y otras, el otro empleado Pedro J. Moreno a nombre del primero; que Moreno recibió de Ortiz Quintanilla las precitadas cuatrocientas treinta (430) arrobas de café, a nombre de Navarro S., pero obrando los dos como empleados de la Empresa. Hechos que están demostrados con las declaraciones de los testigos que cita el recurrente y cuyos testimonios obran en el expediente en los cuadernos de prueba de las partes y a los folios allí indicados. Además, obra el Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en el cuaderno de pruebas del demandado, que es un documento oficial auténtico, que prueba la existencia de la sociedad Empresa Hidroeléctrica de San Gil y los hechos allí señalados.

Se considera

El cargo, no es hábil, legalmente, para producir

la casación del fallo por las razones siguientes:

a) El reparo contradice la realidad procesal, la cual pone de manifiesto la diversidad de las posiciones en que los declarantes sitúan a Navarro S. en sus relaciones con la Empresa Hidroeléctrica de San Gil. En efecto, la prueba testimonial traída a los autos, por una y otra parte, está dividida en dos grupos: uno que sostiene que el demandado y Pedro J. Moreno eran empleados de la nombrada Empresa, como Administrador el primero y como ayudante de éste, el segundo; y además, que Navarro S. tenía negocios de compraventa de café, por cuenta propia, en el mismo almacén de la Empresa que administraba; que el administrador y el ayudante firmaban los comprobantes de entrega y recibo de café; Navarro directamente cuando se encontraba en el establecimiento y el ayudante Moreno, cuando aquél por cualquier circunstancia no se hallaba en él, ya se tratara de negocios del establecimiento o ya de los particulares de Navarro S. El otro grupo, afirma la solacalidad de empleados de Navarro S. y Moreno sin mencionar la circunstancia de que el demandado tuviera establecidos negocios particulares de compraventa de café en el nombrado establecimiento.

Así las cosas, en presencia de dos grupos de testimonios, que no son idénticos, pero tampoco contradictorios, por cuanto en el fondo coinciden, ya que la última circunstancia no la contradicen los que no la afirman, no es dable imputar al sentenciador un error de hecho manifiesto ni un error de derecho, porque con razones atendibles, se atuvo al dicho del grupo de testigos formado por los que sostienen la existencia de los negocios particulares de Navarro S.

El sentenciador ante esa situación dudosa, creada por los testimonios no contradictorios, propiamente, sino incompletos algunos, optó no por desecharlos, como lo afirmó el recurrente, sino por coordinarlos entre sí, y con otros elementos probatorios, para fijar la verdadera posición de Navarro S. y la de Moreno, y reconocer que éstos, en el caso concreto de las compraventas de café a Ortiz Quintanilla y a que aluden los comprobantes firmados por Moreno a nombre de Navarro S., no las hicieron para beneficio de la Empresa de la cual dependían como empleados, sino dentro del giro de los negocios particulares de Navarro S.

Con aquel proceso de coordinación y apreciación conjunta de las declaraciones, en relación con los otros elementos probatorios, particularmente, con el contenido y forma de los compro-

bantes, no violó el sentenciador el artículo 1757 del C. C., que señala a quién incumbe probar las obligaciones, pues en la apreciación de la prueba testimonial no existe el desplazamiento, que cree ver el recurrente, de la carga de la prueba de una parte para la otra; ni el 697 del C. J. porque no se dejó de aplicar, ni se aplicó indebidamente al caso del pleito, por cuanto el Tribunal lo que hizo fue darle el exacto valor probatorio a la prueba testimonial, que dicha disposición le asigna y en armonía con el precepto del artículo 720 del mismo estatuto procesal, que lo autoriza ampliamente para en casos como el del presente pleito, aplicar "las normas de la sana crítica, en busca de la depuración de la prueba, sin perder de vista las reglas y preceptos que imponen su aceptación dentro de determinadas condiciones, tales como las que enuncia el artículo 697 citado.

Por otro aspecto y aceptando la prosperidad del cargo, éste no sería suficiente para infirmar el fallo recurrido en casación, por cuanto dentro del mecanismo técnico de la causal primera, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio, violación medio, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que dá acceso a la casación".

En el presente caso el recurrente señaló como violadas disposiciones que tienen reconocida su sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medio de demostrar el hecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho, y esto no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley de señalar la disposición propiamente sustantiva.

b) En cuanto a la existencia de la sociedad Empresa Hidroeléctrica de San Gil, se observa: que el Tribunal sólo hizo algunas consideraciones sobre esta cuestión, que no serán objeto del debate judicial, no era un problema **sub judice**. En efecto, la relación jurídico procesal no estaba entablada entre la Empresa y el demandante, ni siquiera con el demandado, sino entre Ortiz Quintanilla y Navarro S. La existencia legal de aquella sociedad, como la representación que de ella pudiera tener Navarro S., son cuestiones ajenas a la controversia que se ventila. Aún más, siendo errada la apreciación del Tribunal de la prueba del Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, que no lo es, el cargo no in-

cide en ninguna forma en la parte resolutive del fallo; tal consideración sólo la hizo el Tribunal, para abundar en razones, puesto que el hecho concreto a demostrar en el litigio se reducía a establecer la existencia del contrato de compraventa entre Ortiz Quintanilla y Navarro S. y la consiguiente entrega por el vendedor de la cosa vendida al comprador, base de la cual se partió en la demanda y en su contestación. En consecuencia, se rechaza el cargo, por los dos aspectos en que ha sido presentado.

c) **Contrademanda**—"Error de derecho y de hecho, y consiguiente violación del artículo 1638 del C. C., por mala y errónea interpretación de la prueba de la confesión y por mala interpretación de tal disposición sustantiva".

El cargo se hace consistir en que, en el libelo de contrademanda, Navarro S. pidió la condena de Ortiz Quintanilla, al pago de varias sumas de dinero por diversos conceptos, entre ellas la de \$ 1.350.00, que proviene de que la señora Brígida Ordóñez de Navarro, esposa del contrademandante, vendió a Francisco Ortiz Quintanilla una finca rural por \$ 9.000.00, de los cuales el comprador pagó a la vendedora \$ 4.000.00, y quedó a deberle la suma de \$ 5.000.00. Por convenio especial entre la vendedora y el comprador, el señor Remigio Navarro S. quedó autorizado para cobrar y recibir de Ortiz Quintanilla esos \$ 5.000.00 y al efecto, éste le fue pagando a Navarro parcialmente la precitada deuda, hasta completar la cantidad de \$ 3.630.00, y debiendo como saldo de esas deudas, la suma de \$ 1.350.00.

Que interrogado en posiciones Ortiz Quintanilla, confesó el hecho, pues, no de otra manera se puede tomar la respuesta al ordinal 5º del pliego de posiciones (Cuaderno de Pruebas del demandado): "Es cierto, pues yo pagué al Banco de San Gil el valor de la hipoteca con sus intereses".

"En síntesis, el confesante aceptó que el resto del precio ha debido pagárselo al señor Navarro S., agregando que esa deuda ya estaba cancelada; pero Navarro sostiene que no es así, y, Ortiz Quintanilla aún adeuda por concepto de dicho negocio la cantidad de \$ 1.350.00".

Que Ortiz Quintanilla no trajo a los autos la constancia que acreditara el pago de la totalidad de los \$ 5.000.00, como era su deber demostrarlo, por cuanto esa obligación era de su cargo, por entrañar una excepción a la confesión que hizo de la deuda.

Así, "el Tribunal no estimó la prueba de la confesión de que se viene hablando, a pesar de ser

confesión judicial, pues interpretó erróneamente esa confesión y las disposiciones legales sobre la materia".

Por último, dice el recurrente, el Tribunal se equivocó al citar el artículo 2177 del C. C., "porque aquí no se trata del caso en que el mandatario haya contratado en su propio nombre o en el de su mandante, sino de una diputación para recibir unos dineros pertenecientes al mandante, y en este caso el mandatario tiene acción legal para cobrar al deudor esos dineros, en cumplimiento del mandato que recibió, aceptado por el deudor. Cosa distinta será la acción que le queda al mandante contra el mandatario para la rendición de cuentas, etc."

Del texto de la demandá de casación se desprende otro cargo, relacionado con el problema de la indivisibilidad de la confesión, sobre el pago de un lote de tubos de media pulgada de diámetro, una factura de mercancía y un semoviente, por valor total de \$ 433.70 que Ortiz Quintanilla quedó a deber a Remigio Navarro, que el propio recurrente sintetiza así:

"Estimo que la sentencia en referencia, materia de este alegato, es violatoria de la ley sustantiva por violación directa de los artículos 606 y 609 del C. J., el primero de los cuales establece que la confesión judicial tiene fuerza de plena prueba; y el segundo, que quien confiesa un hecho y le agrega a esa confesión un hecho distinto y separado que no tenga íntima relación con el hecho principal, está en la obligación de probarlo como excepción que es.

"En esa violación incurrió el Tribunal, por error de hecho y de derecho; lo primero, porque estimó como una modificación, o como una aclaración o como una explicación concerniente al hecho cierto de haberle comprado Ortiz Quintanilla a Navarro S. los elementos aludidos, un hecho completamente distinto y separado que no tiene íntima relación con el hecho confesado; y lo segundo, por errada o mala interpretación de los mencionados artículos 606 y 609, dándoles un alcance y sentido que no caben dentro de la letra y el espíritu que integran esas disposiciones legales".

Se considera:

No prospera el primer cargo, por las razones que en seguida se expresan:

1º Si en realidad el demandado en reconvencción en las posiciones absueltas, a que se refiere

el recurrente, al contestar el punto 5º dijo: 'Es cierto, pues yo pagué al Banco de San Gil el valor de la hipoteca con sus intereses', no es menos exacto, que en una contestación anterior afirmó haber pagado a la vendedora \$ 4.000.00, el 3 de agosto de 1936, como parte del precio de \$ 9.000.00 y "el saldo se lo aseguré hipotecándole la misma finca que a ella compré"; y en los autos aparece demostrada la cesión de este crédito hipotecario al Banco de San Gil, tal como consta en la escritura pública 344 de 30 de septiembre de 1936 de la Notaría Primera de ese Circuito.

Que Ortiz Quintanilla pagó al Banco o no, es cuestión que no cuenta en el juicio, dados los efectos que produce la cesión y la naturaleza del derecho real de hipoteca, que desplazan los derechos y obligaciones del cedente a favor del Banco cesionario, y estableciéndose una nueva relación jurídica entre éste y el comprador Ortiz Quintanilla.

2ª Por otra parte, la respuesta transcrita del demandado en reconvenición, no es una confesión con agregación de hechos cuya demostración corre a cargo del confesante. No hay allí, planteada una cuestión que implique una excepción, ni existe la circunstancia que tienda a alterar, cambiar o modificar lo que está dicho en los títulos de la compraventa y de la cesión del crédito hipotecario, ni en las contestaciones a las respuestas anteriores y posteriores a la que se estudia. La confesión de Ortiz Quintanilla, es así indivisible, porque los detalles que dá del pago, no pueden desintegrarse para estar a lo favorable y repudiar lo desfavorable, comoquiera que estos detalles son la esencia de lo confesado.

De aquí, que el Tribunal no incidió en un patente error de hecho, ni de derecho, no tomando la respuesta estudiada como elemento probatorio pleno de la falta de pago del resto del precio, \$ 1.350.00, al considerarla como una confesión indivisible.

En consecuencia se hechaza el cargo.

Con respecto al último reparo, sobre la apreciación dada a la confesión relativa a los negocios del lote de tubos, la factura de mercancía y el semoviente, operación por valor total de \$ 433.70, celebrados entre Ortiz Quintanilla y Navarro S., se observa:

La parte esencial de las preguntas la constituyen la celebración del negocio de la compraventa de aquellos efectos, su entrega por el vendedor al comprador y el no pago del precio. En las respuestas aparece la confesión, con la adición de haberse cancelado el precio de esas operaciones, sin detallar la forma de su pago, lo que a "prima facie" implica una excepción y su posible separación del hecho principal confesado, para los efectos de la carga de la prueba. Pero, como en el proceso no hay comprobación distinta de la existencia de las negociaciones, que la confesión del comprador, no se puede calificar ésta, como divisible, porque el principio de la indivisibilidad, impera precisamente en estas situaciones en que "la parte contraria, no pudiendo alegar otra prueba que la confesión, se halla obligada a aceptar o desechar por completo la declaración en que se funda".

No es, pues, admisible 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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil de 21 de junio de 1949.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas.
Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.
Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

CUANDO EL OBRAR POR MIEDO EXIME DE RESPONSABILIDAD. — REQUISITOS DE LA LEGITIMA DEFENSA OBJETIVA Y DE LA LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA. — LAS CALIFICACIONES JURIDICAS Y TECNICAS QUE SIN NINGUNA OTRA EXPLICACION SOBRE LOS HECHOS MATERIA DEL DEBATE, HAGA EL JURADO EN SU VEREDICTO, SON INOPERANTES Y NO OBLIGAN AL JUEZ

1.—Si bien el miedo es la reacción súbita motivada por la representación de un peligro inminente y constituye la forma defensiva del instinto de conservación individual, no todo el que obra por miedo puede catalogarse en estado de legítima defensa subjetiva o putativa, ya que el peligro que ha suscitado el miedo, ha podido ser provocado por quien se defiende, y en ese evento, la causal de justificación o de error esencial ha de rechazarse, por carecer del requisito **LEGITIMIDAD**. Por más que actúe bajo la emoción del miedo, no estará en legítima defensa quien rechaza los actos lícitos de la autoridad, o el que imprudentemente se ha expuesto a sufrir la agresión de que es víctima, y luego la repele.

En tales hipótesis, apenas podría admitirse una circunstancia de menor peligrosidad, frente al numeral 3º del artículo 38 del Código Penal.

2.—El Código Penal, al hablar de la defensa como causal de justificación del hecho, no incluye la palabra "legítima", pero sí exige con toda puntualidad y claridad los postulados esenciales de la figura, con el objeto de diferenciarla de otras reacciones defensivas que no obedecen a esos presupuestos. De ahí que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se dice que hay legítima defensa cuando al hecho concurren a cabalidad los requisitos que la integran y que la hacen conforme a derecho. Si toda defensa fuera legítima, bastaría simplemente que la legislación empleara el vocablo defensa, sin exigir condición alguna, pero ello no es así, porque todos los códigos penales, para la concurrencia de esa causal y para darle valor de eximir de responsabilidad, deman-

dan los elementos que la configuran, y cuando falta alguno de ellos, no puede tener el carácter de legítima.

3.—A los jurados, de acuerdo con la ley, se les debe interrogar sobre "el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica", y su veredicto, naturalmente, ha de concretarse a la afirmativa o negativa de esos hechos; y si juzgaren "que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación" (artículo 29, Ley 4ª de 1943).

Y ello es así, porque los jurados sólo califican **HECHOS**, conforme a su conciencia y sin sujeción a tarifa legal de prueba, por no ser versados en la ciencia del derecho. Su veredicto se da verdad sabida y buena fe guardada. Es al Juez del conocimiento, en el auto de proceder y en la sentencia, a quien corresponde determinar la figura jurídica que los hechos punibles y sus circunstancias modificadoras implican en el campo de los principios doctrinarios. De otra manera, los jurados, contrariando la naturaleza de las cosas y el ámbito de las funciones propias, vendrían a ser como los censores jurídicos del Juez de derecho, lo cual no sólo resulta extravagante, sino absurdo.

En tal virtud, en esta clase de juicios con intervención del Jurado, a éste toca únicamente la calificación de los hechos punibles, y al Juez de derecho, la definición y enfoque de esos hechos en el terreno de la ciencia y de la ley. Y cuando el Jurado, por un exceso de atribuciones, resuelve emplear en

su veredicto términos jurídicos, está obligado a expresar, en forma concisa o abreviada, los hechos en que se basa para hacer tal manifestación, a fin de que el juzgador pueda conocer, sin lugar a dudas, el real pensamiento de los jueces de conciencia, y dictar el fallo en conformidad con él. Porque bien puede acaecer que el Jurado, a causa de su ignorancia en las disciplinas del derecho, use palabras técnicas que no traduzcan fielmente su modo de pensar y diga algo completamente distinto a lo que su mente y conciencia quisieran reconocer; y entonces, el Juez del conocimiento, al desarrollar el veredicto, incurriría en el grave error —desde luego justificado— de proferir la sentencia en desacuerdo con la verdadera voluntad del tribunal popular.

Siguese de lo dicho, que esas calificaciones jurídicas y técnicas que haga el Jurado en su veredicto, sin ninguna otra explicación sobre los hechos materia del debate, son inoperantes y no obligan al Juez de la causa.

4. — Tanto la legítima defensa personal, como la legítima defensa subjetiva, requieren, entre otros requisitos, para que tengan estructuración, el que sean “legítimas” en su causa, o en otros términos, que la causa que dé lugar a la realización del hecho, sea una acción ilegítima o bien la creencia razonable de hallarse ante un peligro actual, grave e injusto, que en realidad no existe, pues no le basta al agente del hecho haber procedido en defensa propia o de un tercero, sino que se exige que en relación con el injusto agresor se encuentre en condiciones de absoluta juridicidad o legalidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, primero de abril de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de fecha veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, condenó a Gerardo Mejía a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y

lesiones personales de que fueron víctimas Adán Cano y Juan Nepomuceno López, respectivamente.

Contra esta sentencia, interpuso el recurso de casación el defensor del sentenciado, doctor Humberto Carrasquilla, quien impugna dicho fallo invocando las causales tercera y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Se hallan cumplidas las formalidades de procedimiento que regulan el recurso interpuesto y por lo tanto es procedente entrar a estudiarlo, teniendo en cuenta las tesis expuestas por el Procurador y por el demandante.

Hechos y actuación procesal

Aparece de las diligencias informtaivas, que en las primeras horas de la noche del día veintidós de agosto del año de mil novecientos cuarenta y ocho, en el sitio denominado “El Placer” o “La Costa Azul”, en jurisdicción del municipio de Valparaíso (Departamento de Antioquia), se reunieron varias personas y entre ellas, Adán Cano, Manuel Colorado, Arturo Echavarría y José Molina y se ocuparon de ingerir licor. Echavarría dio un viva a uno de los partidos políticos, lo cual disgustó a Cano y muy pronto el incidente degeneró en una verdadera riña entre tales personas, saliendo a la calle provistos de armas blancas y contundentes. Entre Cano y Echavarría se cruzaban golpes y en la lucha avanzaban hacia la cantina de Mejía y entonces, éste desde el interior de su establecimiento, disparó su revólver por varias veces, causando la muerte de Adán Cano y ocasionando lesiones a Juan Nepomuceno López.

Por estos hechos, el Juzgado Primero Superior de Medellín dictó auto de proceder contra Gerardo Mejía, por los delitos de homicidio y lesiones personales, calificando el homicidio como asesinato, sosteniendo que había atacado a la víctima cuando se hallaba en condiciones de indefensión e inferioridad (alevosía). Esta providencia fue revisada por el Tribunal Superior de Medellín por haberse interpuesto contra ella el recurso de apelación, modificándola en el sentido de descartar las circunstancias de asesinato, dejando en firme el llamamiento a juicio por homicidio simplemente intencional y por lesiones personales.

Al jurado se le formularon, de acuerdo con el auto de proceder, los siguientes cuestionarios:

Primero.—“¿El acusado Gerardo Mejía es responsable de haber herido con proyectil de arma de fuego (revólver) y con el propósito de matar, al señor Adán Cano, a consecuencia de lo cual

falleció éste instantes después. Hechos que tuvieron lugar en la cantina de nombre 'Costa Azul' o 'El Placer', jurisdicción del municipio de Valparaíso, a eso de las siete y treinta minutos p. m., del veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho?"

El Jurado contestó, por mayoría de votos:

"Sí es responsable, en defensa subjetiva propia y por miedo del occiso".

Segundo.—"¿El acusado Gerardo Mejía es responsable de haber herido intencionalmente, con proyectil de arma de fuego (revólver), al señor Juan Nepomuceno López Henao, lo que le produjo una incapacidad definitiva de tres (3) días, sin más consecuencias. Hechos que tuvieron lugar en el Municipio de Valparaíso, en la cantina de nombre 'Costa Azul' o 'El Placer', a eso de las siete y treinta minutos p. m. del día veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho?"

La respuesta fue la siguiente:

"Sí es responsable, en defensa subjetiva propia y por miedo del herido".

Tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal Superior, estudiaron con toda amplitud las adiciones que el Jurado agregó a la contestación afirmativa de la responsabilidad del procesado. Ambas entidades, concluyen afirmando que el veredicto no encierra el reconocimiento de la causal eximente de responsabilidad denominada legítima defensa subjetiva, porque en ese veredicto se afirma la responsabilidad del acusado en los hechos de que trata el proceso y se omite la calificación de "legítima" que esencialmente requiere la defensa para que desaparezca la antijuricidad del acto imputado y éste se convierta en un hecho carente de ilicitud.

La demanda.—El actor ataca la sentencia recurrida con base en las causales tercera y primera, es decir, por desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado y por violación de la ley penal.

Dice que como él entendiera que el veredicto era absolutorio, solicitó la libertad caucionada de su cliente, pero tanto el Fiscal como el Juez Superior, estimaron que el veredicto contenía una simple afirmación de la responsabilidad del procesado, sosteniendo que si el Tribunal de conciencia hubiera afirmado que había obrado en legítima defensa, el veredicto sería contradictorio por cuanto afirma la responsabilidad del sujeto activo y luego la negó diciendo que obró en situación de justificación del hecho, aunque subjetivamente

estimada. Pero que aquellos funcionarios incurren en un error lamentable, porque confunden las causas de inimputabilidad, las de irresponsabilidad, las de justificación y las excusas absolutorias; que la interpretación que él da al veredicto no resulta absurda ni contradictoria, porque donde el Jurado dice "defensa subjetiva" debe entenderse que es una especie legal de defensa, alguna modalidad que la ley estima operante para disminuir o excluir la pena.

Manifiesta que el artículo 25 del Código Penal en su ordinal 2º no habla de legítima defensa, sino que precisa una figura universalmente admitida, porque esto no es elemento de la estructura del fenómeno, ya que la "legitimidad" surge solamente de la incorporación de la figura en el texto de la ley, porque la palabra defensa, "lleva implícita en sí la idea de una ofensa precedente que la justifica o legitima y es por ello por lo que los autores indistintamente usan la locución 'legítima defensa' o la simple palabra 'defensa' en sentido equivalente".

El actor cita y transcribe un aparte del Tratado de Derecho Penal Colombiana de que es autor el doctor Angel Martín Vásquez, en el que éste plantea el interrogante de "¿Cómo podría estructurarse en el Código la legítima defensa putativa?". En ese aparte el doctor Vásquez fija con toda claridad y precisión, la diferencia que legal y jurídicamente existe entre la legítima defensa objetiva o estricta y la legítima defensa subjetiva o putativa, llegando a la conclusión de que en esta última uno de los supuestos de la legítima defensa objetiva falta, cual es la agresión al derecho, porque en estos casos el agente reacciona, no ya contra una agrupación objetiva, material o formal, sino contra una agresión de mera apariencia, siendo este error con que procede el agente, lo que en definitiva marca la diferencia entre esas dos figuras jurídicas y por ello, cuando lo subjetivo de la cuestión domina el problema la figura recibe la denominación de legítima defensa subjetiva, aunque bien miradas las cosas, podría dejarse esta denominación para cuando se presenta un principio de agresión injusta o actual que el agente exagera y la denominación de defensa putativa, para cuando el fenómeno se manifiesta a causa de un error de hecho, que da la apariencia de una agresión y por esto se presenta la reacción que da lugar a la ejecución del delito.

Agrega que, en el caso de que la reacción se opere por un acto real y agresivo, pero insuficiente para llenar los requisitos exigidos por el

ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal, hay un exceso imputable a título de dolo, pero en el caso en que el agente delictivo opera por una ilusión o por una alucinación, se presenta una reacción excesiva, imputable no a título de dolo, sino de culpa, pero como es de carácter levisimo, el agente es irresponsable por haber puntualmente dentro del error de hecho.

Con fundamento en las consideraciones que se sintetizan en los apartes anteriores, pide que se case la sentencia de segunda instancia y en su lugar, se absuelva al sentenciado de los cargos que se le formularon en el proceso.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario, hace un estudio completo de las causales de casación alegadas en la demanda, teniendo en cuenta las tesis que sobre la legítima defensa subjetiva o putativa se invocan por el actor, exponiendo el verdadero concepto científico de esa circunstancia y por qué, ella no encaja dentro de las causales de justificación, sino dentro de los motivos de inimputabilidad. Señala las condiciones para que la defensa putativa pueda ser causal de inimputabilidad y examina el contenido del artículo 25 de nuestro Código Penal, para concluir que la legítima defensa putativa no cabe dentro de las hipótesis de justificación del hecho incluídas por dicho artículo, sino dentro de los motivos de inimputabilidad determinados por el artículo 23 de la misma obra, porque dicha circunstancia no es sino una "ocurrencia manifiesta del error esencial de hecho". Finalmente el Ministerio Público examina la legítima defensa putativa frente al veredicto del Jurado, sosteniendo que en el caso **sub judice**, las frases agregadas por ese Tribunal, no equivalen a la legítima defensa subjetiva, porque antes había afirmado la responsabilidad, con la cual descartó la inocencia de Mejía y declaró la punibilidad del homicidio y de las lesiones a él imputados. Añade que, si bien el miedo es la reacción súbita producida por la representación de un peligro inminente, no todo el que obra por miedo puede ser catalogado dentro del estado de legítima defensa objetiva o putativa, pues el peligro que ha suscitado el miedo, ha podido ser provocado por el que alega la causal y en esas condiciones, la causal de justificación o de error esencial de hecho debe rechazarse por carecer del requisito de legitimidad, por más que el agente obre o actúe bajo la emoción del miedo, porque en ese even-

to, no se encontraría en estado de legítima defensa, como ocurriría al que rechazara los actos lícitos de la autoridad, o al que imprudentemente se ha expuesto a sufrir la agresión de que es víctima y luego la repele, casos en los cuales sólo podría admitirse una circunstancia de menor peligrosidad.

Concluye el Procurador Delegado en lo Penal, refutando algunos otros argumentos del actor y solicitando que no se case la sentencia demandada.

Se considera:

El demandante ataca el fallo del Tribunal de Medellín, con fundamento en las causales tercera y primera de casación, estudiándolas en conjunto y por eso se examinarán en la misma forma.

Causales tercera y primera. Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado y violación de la ley penal

Como lo observa la Procuraduría, el autor de la demanda contrae sus alegaciones a presentar un estudio abstracto de la legítima defensa, tratando de demostrar sólo en forma muy ligera, que existe desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del jurado. En el fondo, los puntos de vista del representante del procesado radican en sostener que las respuestas de los Jueces de conciencia consagran en favor de su cliente una circunstancia de inimputabilidad, llamada legítima defensa putativa que cabe dentro del error de hecho, pero como la sentencia recurrida no le reconoce esta situación jurídica especial, puesto que lo condena como responsable de un homicidio simple y del delito de lesiones personales, siendo así que ha debido absolverlo, hay desacuerdo entre dicha sentencia y el veredicto del jurado y por ende, se violó la ley penal.

Ya se ha visto, que las respuestas de los Jueces de conciencia afirman la responsabilidad del procesado en los hechos de homicidio y lesiones personales porque se le llamó a juicio, con la agregación que los cometió en defensa subjetiva y por miedo a las víctimas.

La primera objeción que surge en contra de la tesis del demandante, de que el Jurado en sus respuestas a los cuestionarios, determinó que el procesado había actuado en legítima defensa subjetiva y por consiguiente, ha debido dictarse una sentencia absolutoria en su favor, es la de que el veredicto afirmó la responsabilidad de aquél

con las palabras: "Sí es responsable", excluyendo así, la inocencia del mismo y afirmando la punibilidad del homicidio y de las lesiones a él imputados.

La Procuraduría combate el punto de vista del actor, en los siguientes términos:

"Sin que valga arguir que las frases "por miedo del occiso" y "por miedo del herido", agregadas por el Jurado, equivalen a una absolución por legítima defensa subjetiva".

"Y no puede llegarse a esa conclusión, por lo siguiente:

"Porque, en primer lugar, el veredicto expresó: "Sí es responsable", con lo cual descartó la inocencia de Mejía y declaró la punibilidad del homicidio y las lesiones a él imputados".

"Porque si bien el miedo es la reacción súbita motivada por la representación de un peligro inminente y constituye la forma defensiva del instinto de conservación individual, no todo el que obra por miedo puede catalogarse en estado de legítima defensa subjetiva o putativa, ya que el peligro que ha suscitado el miedo, ha podido ser provocado por quien se defiende, y en ese evento, la causal de justificación o de error esencial ha de rechazarse, por carecer del requisito legitimidad. Por más que actúe bajo la emoción del miedo, no estará en legítima defensa quien rechaza los actos lícitos de la autoridad, o el que imprudentemente se ha expuesto a sufrir la agresión de que es víctima y luego la repele.

"En tales hipótesis, apenas podría admitirse una circunstancia de menor peligrosidad, frente al numeral 3º del artículo 38 del Código Penal que dice:

"Demuestran menor peligrosidad y atenuan, por tanto, la responsabilidad en cuanto que no hayan sido previstas de otra manera las siguientes circunstancias:

".....

"3ª—El obrar en estado de pasión excusable, de emoción determinada por intenso dolor o temor, o en ímpetu de ira procurada injustamente".

Igualmente afirma el demandante, que el Tribunal Superior de Medellín descartó la defensa subjetiva consignada en el veredicto, por el mero hecho de no haber incluido el calificativo de "legítima". Y agrega que la ley no habla de legitimidad, sino que "encuadra, limita y precisa" una figura jurídica que universalmente ha sido admitida y estudiada, pero no habla de legitimidad, precisamente porque "la legitimidad de la defensa no es elemento de la estructura del fenómeno; la legitimidad de la defensa surge simplemente

de la incorporación de la figura en el texto de la ley".

A la anterior argumentación, se observa, que en realidad el Código Penal al hablar de la defensa como causal de justificación del hecho no incluye la palabra "legítima", pero sí exige con toda puntualidad y claridad los postulados esenciales de la figura, con el objeto de diferenciarla de otras reacciones defensivas que no obedezcan a esos presupuestos. De ahí que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se dice que hay legítima defensa cuando al hecho concurren a cabalidad los requisitos que la integran y que la hacen conforme a derecho. Si toda defensa fuera legítima, bastaría simplemente que la legislación empleara el vocablo defensa, sin exigir condición ninguna, pero ello no es así, porque todos los Códigos Penales para concurrencia de esa causal y para darle el valor de eximir de responsabilidad, demandan los elementos que la configuran, y cuando falta alguno de ellos, no puede tener el carácter de legítima.

Comentando el Procurador Delegado en lo Penal el veredicto del Jurado en este proceso, dice:

"Ya se vio que el veredicto para el homicidio fue éste: "Sí es responsable, en defensa subjetiva propia y por miedo al occiso"; y para las lesiones, el siguiente: "Sí es responsable, en defensa subjetiva propia y por miedo del herido".

Lo primero que se observa en las respuestas anteriores, es el empleo de términos jurídicos y científicos (defensa subjetiva), para lo cual no están autorizados los Jueces de conciencia. A éstos, de acuerdo con la ley, se les debe interrogar sobre "el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constiuyan, sin darles denominación jurídica", y su veredicto, naturalmente ha de concretarse a la afirmativa o negativa de esos hechos; y si juzgaren "que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación". (Art. 29 Ley 4ª de 1943).

"Y ello es así, porque los jurados sólo califican **hechos**, conforme a su conciencia y sin sujeción a tarifa legal de prueba, por no ser versados en la ciencia del derecho. Su veredicto se da verdad sabida y buena fe guardada. Es al Juez del conocimiento, en el auto de proceder y en la sentencia, a quien corresponde determinar la figura jurídica que los hechos punibles y sus circunstancias modificadoras implican en el campo

de los principios doctrinarios. De otra manera, los jurados, contrariando la naturaleza de las cosas y el ámbito de las funciones propias, vendrían a ser como los censores jurídicos del Juez de derecho, lo cual no sólo resulta extravagante, sino absurdo.

En tal virtud, en esta clase de juicios con intervención del Jurado, toca a éste únicamente la calificación de los hechos punibles, y al Juez de derecho la definición y enfoque de esos hechos en el terreno de la ciencia y de la ley. Y cuando el Jurado, por un exceso de atribuciones, resuelva emplear en su veredicto términos jurídicos, está obligado a expresar, en forma concisa o abreviada, los hechos en que se basa para hacer tal manifestación, a fin de que el juzgador pueda conocer, sin lugar a dudas, el real pensamiento de los jueces de conciencia, y dictar el fallo en conformidad con él. Porque bien puede acaecer que el Jurado, a causa de su ignorancia en las disciplinas del derecho, use palabras técnicas que no traduzcan fielmente su modo de pensar y diga algo completamente distinto a lo que su mente y conciencia quisieran reconocer; y entonces el Juez del conocimiento, al desarrollar el veredicto, incurriría en el grave error —desde luego justificado— de proferir la sentencia en desacuerdo con la verdadera voluntad del Tribunal popular.

“Síguese de lo dicho que esas calificaciones jurídicas y técnicas que haga el Jurado en su veredicto, sin ninguna otra explicación sobre los hechos materia del debate, son inoperantes y no obligan al Juez de la causa.

“En el caso **subjudice**, el Tribunal popular consignó una expresión de altísimo significado doctrinario, como es el de la “defensa subjetiva”, fenómeno que es de difícil manejo aún por los más entendidos en la materia, como queda visto. Tampoco especificó los hechos, de los cuales dedujo esa afirmación.

“Además dicha respuesta fue totalmente extraña a las alegaciones de las partes, pues ninguna de ellas se la planteó al Jurado. Se lee en el acta de la audiencia que el Fiscal “habló de que no había legítima defensa en el obrar de Gerardo Mejía, y terminó su intervención pidiendo se respondiera con un “sí” a la cuestión propuesta. (Folio 231 v. Cuaderno primero).

“El defensor manifestó “que el proceso se muestra en dos formas, según los declarantes, que en una, aparece Gerardo Mejía defendiéndose justamente, y en la otra, como atacante injusto. Que a él (al Jurado) le corresponde conciliar estos

extremos. Encuadró el hecho dentro de los límites del artículo 25 del Código Penal, o sea, de la legítima defensa personal, o de un tercero. Se refiere a lo que son los elementos que constituyen tal figura jurídica. Habló de la personalidad peligrosa de Adán Cano, y terminó la intervención solicitando se negara la responsabilidad de Gerardo Mejía”. (Fs. 231 y 233).

“En esta forma, queda muy claro que el Fiscal rechazó la legítima defensa, y que el defensor abogó por ella, pero por una defensa legítima **objetiva**, desde luego que invocó expresamente el artículo 25 del Código Penal y le explicó al Jurado los elementos constitutivos de la figura, o sean “la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”, como lo reza el precepto citado. No hubo, pues, análisis alguno sobre peligro imaginario de parte del procesado acerca de un peligro actual e injusto, ni sobre error esencial de hecho acerca de las actitudes de la víctima, que dieran base para estructurar la legítima defensa subjetiva o putativa. Esa figura fue totalmente ajena al curso del debate.

“Si, pues, el defensor pidió al Jurado que admitiera la legítima defensa objetiva, en los términos del artículo 25 del estatuto represivo; si, en consecuencia, solicitó se negara la responsabilidad del acusado; si el Jurado empezó por reconocer expresamente esa responsabilidad; y si agregó a su respuesta algo distinto a la legítima defensa objetiva planteada por el señor defensor, es soberanamente claro que los jueces de hecho no acogieron las solicitudes de él y que el veredicto fue condenatorio”.

Por lo tanto, la respuesta del Jurado a los cuestionarios no tiene en su apoyo ninguna constancia procesal, de la cual pueda deducirse que quienes integraron el Tribunal Popular, quisieron colocar al procesado en circunstancias eximentes de responsabilidad. Como lo advierte el Ministerio Público, si tal hubiera sido el pensamiento de aquel Tribunal, hubiera aceptado las peticiones de la defensa que exigió que se colocara a su cliente dentro de la “legítima defensa personal”. Pero ya se ha visto que el jurado habla de “defensa subjetiva” y no de legítima defensa personal, luego no puede concluirse que sea absolutorio un veredicto en el cual se afirma la responsabilidad del acusado y añade a esta información una frase que no encierra los elementos que estructuran la legítima defensa subjetiva.

Además de lo anterior, tanto la legítima defensa personal como la legítima defensa subjetiva, requieren entre otros requisitos para que tengan estructuración, el que sean "legítimas" en su causa o en otros términos, que la causa que dé lugar a la realización del hecho sea una acción ilegítima o bien la creencia razonable de hallarse ante un peligro actual, grave e injusto, que en realidad no existe, pues no le basta al agente del hecho haber procedido en defensa propia o de un tercero, sino que se exige que en relación con el injusto agresor se encuentre en condiciones de absoluta juridicidad o legalidad. Y precisamente, en el caso presente, como los jueces de conciencia omitieron en sus respuestas el calificativo de "legítima" respecto de la defensa subjetiva, no puede sostenerse que quisieron eximirlo de responsabilidad. De otra parte, los Jueces de derecho por vía de interpretación, no pueden agregar al veredicto términos o palabras que no haya consignado el Jurado. Por consiguiente, el veredicto que se estudia no puede tenerse como declarativo de una causal de inimputabilidad, por error esencial de hecho.

Finalmente aunque se aceptara, que la frase que el Jurado agregó a la contestación afirmativa de la responsabilidad, encierre el reconocimiento de que el procesado actuó en los hechos en legítima defensa subjetiva, aún así, las causales alegadas no podrían prosperar. A este respecto, el Procurador delegado en lo Penal, dice:

"Pero aún suponiendo, en gracia de discusión, que en el presente asunto los jueces de conciencia sí aceptaron, con toda nitidez, una legítima defensa putativa, todavía así la demanda no podría prosperar, porque entonces el recurrente ha debido invocar la causal séptima de casación, alu-

siva al "veredicto evidentemente contradictorio"; pues no otra cosa implicaría el afirmar que el acusado, al propio tiempo que es responsable, no lo es, por haber obrado en un caso que excluye esa responsabilidad, conforme al artículo 23, numeral 2º del Código Penal. Es decir, que en una misma afirmación se consagra el ser y el no ser, la ilicitud y la licitud, respecto de un mismo hecho.

"Y dicha causal séptima no fue aducida, y no siéndolo, la Corte carece de facultad para tomarla en cuenta oficiosamente, al tenor del artículo 568 del Código de Procedimiento Penal".

Bastan las consideraciones anteriores, para concluir que no existe desacuerdo entre la sentencia y el veredicto y que la ley penal sustantiva fue correctamente aplicada, por lo cual las causales alegadas no pueden prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín fechada el veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, por la cual condenó a Gerardo Mejía a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales de que fueron víctimas Adán Cano y Juan Nepomuceno López, respectivamente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello, Secretario.

RAZONES POR LAS CUALES EN LOS RECURSOS DE CASACION QUE PUEDEN INTERPONERSE CONTRA LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA JUSTICIA MILITAR EN PROCESOS SEGUIDOS POR LOS HECHOS DEL 10 DE JULIO DE 1944, SI ES PROCEDENTE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION — CUANDO LA LEY CASTIGA EN FORMA AUTONOMA LOS ACTOS PREPARATORIOS DE UN DELITO — REBELION MILITAR

El Decreto Ejecutivo número 1197 de 29 de mayo de 1951, en su artículo 1º, hizo extensivos los recursos extraordinarios de casación y de revisión consagrados por el Código de Justicia Penal Militar, a las sentencias de segunda instancia dictadas en los procesos de que hubieran conocido en la primera Consejos de Guerra Verbales y contra las cuales, cuando se profirieron, la legislación vigente no consagraba tales recursos, ni éstos habían sido objeto de nulidad.

El artículo 2º del mismo Decreto dispuso que los recursos de que antes se habla, se "tramitarán y decidirán en la forma y términos señalados para los mismos en el Código de Justicia Penal Militar vigente", es decir, que para efectos de la tramitación de aquellos recursos y en cuanto a la forma de decisión de los mismos, remite la disposición aludida, a lo establecido para tales casos, en el Código de Justicia Penal Militar vigente cuando se dictó dicho Decreto.

El Código Penal Militar vigente cuando se dictó el Decreto que consagró los recursos de que se viene hablando para los procesos que no los tenían cuando se profirieron en ellos las sentencias de segunda instancia ni habían sido objeto de nulidad, es el Decreto Ejecutivo número 1125, de 31 de marzo de 1950, el cual dispone que entrará a regir el 20 de abril del mismo año, y que en sus disposiciones transitorias preceptúa:

"Artículo 458. Las disposiciones de este Código se aplicarán solamente a los procesos que se iniciaren después de su vigencia.

"Los sumarios o juicios que estuvieren pendientes, cuando entre en vigencia, continuarán rigiéndose por el procedimiento anterior, si fuere más favorable al procesado".

Por consiguiente, de acuerdo con la norma antes transcrita, el Código Penal Militar vigente para los procesos iniciados antes

del 20 de abril de 1950 y que en calidad de sumarios o juicios estuvieren pendientes en esta fecha, entre los cuales se hallaban los que surgieron como consecuencia de los sucesos ocurridos el 10 de julio de 1944, es la ley de Justicia Penal Militar anterior al mencionado Decreto número 1125 de 1950, o sea, la Ley 3ª de 1945.

Esta ley, en su artículo 97, establece como causales que dan lugar al recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares, las mismas que consagra el Código de Procedimiento Penal ordinario, es decir, que entre las causas que pueden dar lugar a casar una de tales sentencias, se encuentran todas las enumeradas en la causal segunda del Código antes nombrado.

En otros términos, es por virtud de lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo 1197, de 29 de mayo de 1951, que en los procesos surgidos como consecuencia de los hechos ocurridos el día 10 de julio de 1944 en la ciudad de Pasto, hay lugar al recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares, con admisión, para esos procesos, de la causal segunda, en forma análoga a lo que estatuyó la Ley 82 de 1943 para las sentencias pronunciadas por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares respecto de los delitos cometidos en los días 9 de abril y siguientes del mismo año.

2—Algunas formas de infracción permiten estructurar figuras autónomas que comprenden actos preparatorios y los elevan a la categoría de delictuosos (v. gr. el art. 145 del C. P.), por el peligro potencial que encierran, del cual derivan su relevancia penal en las circunstancias predeterminadas en la ley, pues sin este requisito no serían

punibles, por mandato del artículo primero del Código Penal.

Los casos de esta ocurrencia los denominan Carrara "actos preparatorios especialmente inculpatos"; y la doctrina alemana los distingue como "preparación punible de delitos". Mas no siempre el legislador castiga los actos preparatorios que puedan resultar tendientes a la consumación de un delito. Unicamente cuando tales actos están evidentemente vinculados, por una relación de causalidad, a la existencia de una infracción determinada, que ha de realizarse porque los actos preparatorios así lo indican, revelando de esta suerte el propósito del agente, el estatuto penal consagra esas figuras específicas, en las que otorga relevancia penal a los hechos que están destinados a exteriorizar aquel ánimo de delinquir, pero que apenas se encuentran en la fase inicial del proceso ejecutivo del delito y que deben ser reprimidos en atención a la importancia de los bienes jurídicos tutelados en tales infracciones dolosas.

En tratándose del delito de rebelión, el Código Penal común estructura una especie de éstas en la disposición ya citada (art. 145), que consagra como caso *sui generis* de tentativa, que se sale de las reglas generales que gobierna esta figura, porque la ley, como lo anota Sebastián Soler, se ve forzada a inculpar en forma autónoma ciertos actos preparatorios, por el interés de que la acción no siga adelante, como ocurre en dicha disposición, desde luego que el concierto para cometer el delito de rebelión a que aquélla se refiere, sólo es punible cuando "los proyectos criminosos fueren descubiertos antes de iniciarse los actos ejecutivos".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril primero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Consejo de Guerra Verbal reunido para juzgar al Mayor Alberto Lara Santos y a los Capitanes José Rafael Escandón y Carlos Ortega Bernal, sindicados por delitos contra el Régimen

Constitucional y la Seguridad Interior del Estado, dictó sentencia el 30 de agosto de 1944, por medio de la cual se condenó a los dos primeros a la pena principal de dos años y seis meses de reclusión militar y al último a dos años de igual sanción, y como pena accesoria, además de las pertinentes conforme a la ley, la de destitución militar. Igualmente se absolvió al Teniente Coronel Alberto Gómez Arenas, del delito de rebelión de que se le sindicó.

El Comandante de la Brigada de Institutos Militares que por apelación y consulta hubo de conocer del negocio, en providencia del 12 de septiembre del mismo año de 1944, reformó la sentencia en el sentido de condenar a los procesados Lara Santos y Escandón a dos años de prisión militar, confirmándola en lo demás.

En procesos de esta naturaleza y por la época en que se profirieron los fallos relacionados, no existía el recurso extraordinario de casación. Pero el Decreto número 1197 de 1951, en su artículo primero dispuso hacer extensivos estos recursos y el de revisión, consagrados por el Código de Justicia Penal Militar, a las sentencias de segunda instancia dictadas en los procesos de que hayan conocido en primera los Consejos de Guerra Verbales y contra las cuales la legislación vigente cuando se profirieron, no consagraba tales recursos extraordinarios, por cuya virtud los procesados, por medio de su apoderado, abogado doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola, interpusieron el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, por la cual se revisó la de primera dictada contra ellos por el Consejo de Guerra Verbal.

En consecuencia, la acción es procedente, fue interpuesta en oportunidad y como se hallan cumplidas las formalidades propias del recurso, es llegado el momento de decidir.

Se invocan en la demanda las causales primera, segunda, tercera, cuarta y quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

Consta del expediente que a mediados del año de 1943 y principios de 1944, un grupo de oficiales del ejército se reunió en diferentes sitios y en distintas fechas, con el fin de propiciar un movimiento que devolviera al ejército su perdida influencia y mejorara su prestigio con la designación de un Ministro de Guerra Militar que lograra este propósito, y fue así como en el mes de enero de 1944 se celebró una reunión en casa del

Capitán Carlos Ortega Bernal, situada en esta ciudad, en la que participaron entre otros, los oficiales Mayor Luis Alberto Lara Santos y los Capitanes José Rafael Escandón y Carlos Ortega Bernal. En el mes de marzo siguiente hubo otra reunión en el colegio de Santo Tomás de Aquino, de propiedad de los Padres Dominicos, en la que participaron alrededor de setenta oficiales y en la que se expuso claramente el plan perseguido. Seguidamente hubo otra reunión en casa del Teniente Coronel Ernesto Velosa Peña, a la que concurrieron entre otros oficiales, el Teniente Coronel Alberto Gómez Arenas, el Mayor Luis Alberto Lara Santos y los Capitanes José Rafael Escandón y Carlos Ortega Bernal, reunión en la que se propuso a los asistentes los planes acordados y se decidió llevarlos a efecto. Posteriormente se celebraron reuniones en casa del Mayor José Figueroa Paz, en casa del Mayor Luis Gómez Jurado y en la del Capitán José Gregorio Quintero, así como en la del Teniente Coronel Luis Agudelo y en el automóvil del Coronel Diógenes Gil. Consta que luego ocurrieron los sucesos del 10 de julio de 1944 en la ciudad de Pasto, en que hubo cooperación por parte de algunos elementos de las fuerzas militares acantonadas en las ciudades de Ibagué y Bucaramanga.

Siguiendo el orden que se observa en el concepto del señor Procurador, se estudiará en primer término lo relativo a la causal segunda, ya que de prosperar ésta, no habría objeto de hacerlo en cuanto a las demás.

Causal segunda

Expresa la demanda que a todos los cargos les es común la nota de que los hechos se refieren a los elementos constitutivos del delito y determinantes de la responsabilidad, lo cual naturalmente influyó en la determinación de la sanción. Pide a la Corte aclaración sobre la procedencia de la causal segunda de casación y en relación con este proceso, ya que se ha advertido por esta corporación en reiterada jurisprudencia, que en los procesos en que interviene el Jurado no puede darse aplicación a dicha causal, doctrina cuyo origen se hace radicar en la circunstancia de que los Jueces de conciencia al fallar sobre la responsabilidad, no deben entender otra regla que la de su íntima convicción, es decir, que por tratarse de un fallo de conciencia, una entidad jurisdiccional no puede penetrar en el campo interno de esa conciencia, ni de los modos como a ella llegó la

convicción para determinar la responsabilidad, actitud cuyo sentido es perfectamente lógico y jurídico, en cuanto en realidad se trata de Jueces de conciencia, pero que no ocurre así cuando se trata de asuntos en que intervienen Consejos de Guerra Verbales por la doble función de Jueces de conciencia y de derecho que éstos ejercen en tal clase de procesos.

Recuerda el actor el sistema imperante a la luz de las disposiciones de la ley 84 de 1931, el de la ley 3ª de 1945 y el del Decreto extraordinario número 1125 sobre Justicia Penal Militar, entre los cuales existen notables diferencias en cuanto se refiere a la función judicial ejercida por los Vocales de los Consejos de Guerra Verbales, destacando que fuera de la facultad jurídica de redactar las sentencias —que como es sabido dentro de todo sistema procesal, es propio de Jueces de derecho— la facultad atribuida por la misma ley 84, según la cual es permitido a los Vocales de los Consejos hacer salvamentos de votos, actitud que sólo puede ejercerse por Jueces de derecho, porque en ningún sistema sería dable aceptar que Jueces de conciencia pudieran hacer esos salvamentos, ya que su inconformidad simplemente se expresa por la fórmula **sí o no** que se pone en desacuerdo con la mayoría de los Vocales.

La mixtificación anotada o doble carácter de Jueces de hecho y al mismo tiempo de derecho obedece a la naturaleza propia de la justicia penal militar. No puede afirmarse que por cuanto los Vocales de los Consejos de Guerra Verbales participan de esa doble función de juzgar en conciencia y en derecho, el carácter de Jueces de conciencia es en ellos preponderante y por tanto sus fallos deben asimilarse a un veredicto de Jurado común, no sometible a la revisión por parte de los Jueces de derecho, según lo ha establecido la Corte en su constante jurisprudencia. En tal virtud, afirma el libelo, si de alguna manera puede estimarse que la sentencia de un Consejo de Guerra Verbal participa al mismo tiempo de la calidad de ser en conciencia y en derecho, la tesis de la Corte Suprema de Justicia tiene que hacer una excepción para admitir la operancia de la causal segunda de casación, por cuanto no incide en éstos, como ocurre en los demás casos, el principio de que la Corte no puede entrar a revisar por virtud de la causal segunda los fallos proferidos en conciencia por un Tribunal ocasional de justicia.

Insiste el actor en que es ocasión propicia para que la Corte se pronuncie a fondo sobre la cues-

tión, admitiendo la excepción propuesta, en cuanto se trata de aplicación de la causal segunda, examinando con detenimiento el problema, teniendo en cuenta también la circunstancia de la naturaleza de los juicios realizados por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, que restringen en tanto grado la libertad de defensa de los procesados, y que ponen de manifiesto el ejercicio de un procedimiento sumarísimo para esa clase de juicios. Por ello resulta más de acuerdo con los intereses de la justicia y de las prerrogativas del procesado, permitirle discutir o comprobar su inocencia, con base en lo preceptuado por la causal segunda de casación, pues de otra manera, sin admitir esa excepción, el campo de la defensa se restringe a extremos tales que el derecho se disminuye y llega a confundirse simplemente con la utilidad de realizar el juicio para reprimir hechos graves, llegándose por este camino a la arbitrariedad.

Se aclara en la demanda que no se ataca el fallo, en lo que se refiere al veredicto, sino por cuanto al dictar la sentencia, tuvo que entrar a analizar pruebas y darles determinado valor jurídico.

Sobre el presupuesto sustentado en la demanda, de que en esta clase de juicios debe aceptarse la causal 2ª de casación, pasa el actor a referirse a los motivos que la hacen viable y formula tres cargos contra la sentencia, que se resumen así:

1º Errada interpretación y apreciación de los hechos.

2º No haberse tomado en cuenta pruebas acreditadas en el proceso.

3º Manifiesta contradicción de los hechos.

Con referencia al cargo primero o sea a la errada interpretación y apreciación de los hechos, manifiesta que como se habla de hechos, debe subentenderse que son aquellos que constituyen la base de la imputación, es decir, del hecho inculcado al reo, o del que se discute como base de su posible responsabilidad, siendo, en el caso que nos ocupa, el hecho inculcado al Mayor Lara Santos y a los Capitanes Escandón y Ortega Bernal, un delito de rebelión, según la parte resolutive del auto de convocatoria dictado contra los procesados, pero que a lo largo del proceso no se advierte declaración, documento ni prueba alguna demostrativa de que los tres procesados hubieran tenido participación alguna en los hechos que ocurrieron posteriormente a las reuniones a que ellos concurrieron, de que dan cuenta en sus declaraciones instructivas, o sea el 10 de julio de

1944, ya que ese delito supone ciertos requisitos como promoción, encabezamiento y dirección de un alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes públicos u orgánicos de la soberanía, sólo existe la vaga prueba de la asistencia a reuniones, pero no aparece probado que en ellas los procesados hubieran hablado, planeado o dirigido alzamiento alguno y no hay por tanto, cargo alguno que comprometa a los procesados en el delito relacionado de rebelión, y si hubiera siquiera un indicio de que las reuniones tenían algo que ver con lo ocurrido luego el 10 de julio, él se desvanecería con la actuación de los tres militares en dicho día 10 de julio, toda vez que está probado eso sí perfectamente, que ellos fueron ajenos a los hechos ocurridos en la fecha últimamente citada y en cambio hay pruebas de que los inculcados por esa fecha estuvieron precisamente al servicio de las autoridades legítimamente constituidas, y con abnegación y absoluta lealtad prestaron sus servicios en la fecha del movimiento.

Con relación al segundo cargo, o sea no haberse tomado en cuenta determinadas pruebas del proceso a pesar de estar acreditadas, anota el demandante cómo en el punto anterior demuestra que la asistencia a las reuniones, en las cuales se trataron en forma muy vaga e indecisa, cuestiones relacionadas con la organización militar interna y con los anhelos de mejorar la institución, no se trató de cuestión alguna referente a la rebelión que se produjo el 10 de julio, ya que hubo o existe una desconexión entre aquellas reuniones y esa rebelión; cómo en el caso de considerar esas reuniones como indicio de participación en el delito, queda él destruido por la actuación efectiva de los procesados, en defensa de las instituciones patrias, durante la emergencia del 10 de julio y en la sentencia del Consejo Verbal de Guerra no se tuvo en cuenta para nada, ni en ella se mencionan las pruebas que demuestran la inocencia de los procesados, resultando, en cambio, con absoluta claridad la circunstancia de que no existe en el proceso, prueba determinada de responsabilidad de los acusados, por su participación en los sucesos del 10 de julio.

Afirma por último la demanda, que es verdad que existe en el proceso el acta del Fiscal que intervino en la audiencia correspondiente, en la que alude de manera imprecisa y vaga, a las reu-

niones comentadas. Que dicha acta contiene un resumen de lo alegado por el señor Fiscal en la audiencia respectiva y claramente advierte que no se han citado sino como simples referencias algunas declaraciones, que dicho sea de paso, no están en el expediente y que debieran formar parte de él, porque con base en ellas se hizo la imputación contra los procesados, se les formularon los cargos y se les condenó, omisión grave que incide precisamente en la causal segunda de casación, porque tiene en cuenta unas pruebas que no están acreditadas en el proceso y que, por consiguiente no pudieron ser estudiadas, analizadas y calificadas, como era de suponer.

En lo que se refiere al cargo tercero, o sea, contradicción de los hechos, dice el actor que tal contradicción es manifiesta, por cuanto solamente resultó como probado con mucha vaguedad, el haber asistido los procesados, ocho meses antes de los sucesos del 10 de julio a algunas reuniones, en donde se trataron cosas bien diversas a una rebelión. Y si se considera probada la asistencia a esas reuniones, no lo está a su vez el haber participado en forma alguna en la rebelión, por cuanto la primera no guarda relación de causalidad con la segunda, ni ésta es efecto de la primera, no se conoce el propósito de rebelión de parte de los acusados, ni se les puede hacer semejante cargo con base en la simple asistencia a reuniones de carácter social; y por consiguiente hay una evidente contradicción entre los hechos que pudieron estimarse hipotéticamente probados (reuniones), y los hechos ocurridos el 10 de julio de 1944, máxime si se tiene en cuenta que la actividad de los oficiales procesados, el 10 de julio, fue en un todo abiertamente contradictoria a la participación en el delito.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador General de la Nación, mediante razones que a su debido tiempo se estudiarán, estima que el recurso debe prosperar en cuanto a la causal segunda se refiere, no siendo preciso estudiar el resto de las causales invocadas, y por tanto solicita se case el fallo recurrido.

Se considera:

El análisis de la causal segunda de casación ha sido objeto, tratándose de estos negocios, de detenido estudio. Ya en otro fallo de la misma índole la Sala se ha pronunciado sobre las razones

que la hacen viable en casos como éste. En seguida se reproducen tales razones, que son idénticas a las que habrán de tomarse en cuenta en este negocio.

El Decreto Ejecutivo número 1197 de 29 de mayo de 1951, en su artículo 1º, hizo extensivos los recursos extraordinarios de casación y de revisión consagrados por el Código de Justicia Penal Militar, a las sentencias de segunda instancia dictadas en los procesos de que hubieran conocido en primera Consejos de Guerra Verbales y contra las cuales, cuando se profirieron, la legislación vigente no consagraba tales recursos, ni éstos habían sido objeto de nulidad.

El artículo 2º del mismo Decreto, dispuso que los recursos de que antes se habla, se "tramitarán y decidirán en la forma y términos señalados para los mismos en el Código de Justicia Penal Militar vigente", es decir, que para efectos de la tramitación de aquellos recursos y en cuanto a la forma de decisión de los mismos, remite la disposición aludida, a lo establecido para tales casos en el Código de Justicia Penal Militar vigente cuando se dictó dicho Decreto.

El Código Penal Militar vigente cuando se dictó el Decreto que consagró los recursos de que se viene hablando, para los procesos que no lo tenían cuando se profirieron en ellos las sentencias de segunda instancia ni habían sido objeto de nulidad, es el Decreto Ejecutivo número 1125 de 31 de marzo de 1950, el cual dispone que entrará a regir el 20 de abril del mismo año y que en sus disposiciones transitorias, preceptúa:

"Artículo 458.—Las disposiciones de este Código se aplicarán solamente a los procesos que se iniciaren después de su vigencia.

"Los sumarios o juicios que estuvieren pendientes, cuando entre en vigencia, continuarán rigiéndose por el procedimiento anterior, si fuere más favorable al procesado". (Subraya la Corte).

Por consiguiente, de acuerdo con la norma antes transcrita, el Código Penal Militar vigente para los procesos iniciados antes del 20 de abril de 1950 y que en calidad de sumarios o juicios estuvieren pendientes en esta fecha, entre los cuales se hallaban los que surgieron como consecuencia de los sucesos ocurridos el 10 de julio de 1944, es la ley de Justicia Penal Militar anterior al mencionado Decreto número 1125 de 1950, o sea, la ley 3ª de 1945.

Esta ley en su artículo 97 establece como causales que dan lugar al recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segunda instan-

cia dictadas por los Tribunales Militares, las mismas que consagra el Código de Procedimiento Penal ordinario, es decir, que entre las causas que puedan dar lugar a casar una de tales sentencias, se encuentran todas las enumeradas en la causal segunda del Código antes nombrado.

En otros términos: es por virtud de lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo 1197 de 29 de mayo de 1951, que en los procesos surgidos como consecuencia de los hechos ocurridos el día 10 de julio de 1944 en la ciudad de Pasto, hay lugar al recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares, con admisión para esos procesos de la causal segunda, en forma análoga a lo que estatuyó la ley 82 de 1948 para las sentencias pronunciadas por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares respecto de los delitos cometidos en los días 9 de abril y siguientes del mismo año.

Es, pues, el caso de entrar en el estudio de los cargos que con base en dicha causal formuló el demandante en el libelo, no porque jurisprudencialmente se haga una excepción en lo tocante a la admisión de esa causal por tratarse de una sentencia dictada con base en un veredicto emitido por los Consejos de Guerra Verbales ni porque se aplique a estos casos el principio de interpretación benigna, sino porque, como se ha dejado establecido, hay disposiciones legales que ordenan expresamente que tales procesos se rijan por el procedimiento anterior, que es más favorable para ellos, y este procedimiento es el que consagra la ley 3ª de 1945, el cual con la modificación introducida por aquel Decreto, establece no sólo el recurso en mención, sino también la admisibilidad de la causal segunda.

Podrían contestarse ciertos razonamientos de la demanda y algunas consideraciones de la Procuraduría comprobando cómo la tradición jurídica en las distintas leyes sobre Justicia Penal Militar de la República otorgan a los Consejos Verbales de Guerra el carácter de Jueces de conciencia (arts. 119 de la ley 84 de 1931 y 426 del Decreto número 1125 de 1950). Mas lo dicho basta para entrar a estudiar la causal con base en las apreciaciones anotadas.

Conducentes como son las bases en que se sustenta la viabilidad de la causal segunda, es el caso de examinar los cargos contra la sentencia y los elementos probatorios que militan contra cada uno de los procesados, para desentrañar si en realidad de verdad tales cargos se encuentran com-

probados. Esta Sala seguirá el análisis del señor Procurador porque está ceñido a la realidad procesal y porque no podría hacerse uno más completo, con relación al problema que es materia de estudio.

En efecto, la Procuraduría, en cuanto al cargo primero se refiere, manifiesta que el veredicto del Consejo de Guerra convocado para juzgar a los procesados, fue absolutorio por unanimidad para el Teniente Coronel Gómez Arenas, y condenatorio, por mayoría, para el resto de los procesados. Hace referencia a algunos apartes del fallo proferido por el Consejo de Guerra Verbal, donde se relaciona la situación de los procesados y textualmente dice:

"Vale la pena transcribir algunos apartes de la sentencia proferida, en donde se destaca con suma nitidez el pensamiento de la mayoría de los vocales. Dice la sentencia:

"Para establecer la responsabilidad que le pueda caber a cada uno de los procesados, vamos a estudiar la actuación de cada uno de los acusados en los hechos anteriormente enumerados.

Teniente Coronel Alberto Gómez Arenas

"Aparece plenamente comprobado que este oficial tomó parte en las reuniones que tuvieron lugar en el colegio de Santo Tomás de Aquino de propiedad de los Padres Dominicos, y en casa del señor Teniente Coronel Ernesto Velosa Peña. **En estas reuniones la actitud de este oficial fue completamente pasiva, debido a que en el expediente no aparece actuación alguna por parte de este oficial, que demuestre actividad alguna.**

"También se encuentra probado que ese oficial no participó en otras reuniones celebradas con el fin antes indicado, ni que posteriormente haya tenido conexión alguna con los hechos acaecidos en la ciudad de Pasto.

"De lo visto, este Consejo considera la no responsabilidad por parte del Teniente Coronel Alberto Gómez Arenas en el delito de rebelión por el cual se le llamó a responder ante este Consejo de Guerra Verbal.

Mayor Luis Alberto Lara

"Este oficial participó en las siguientes reuniones: las celebradas en el colegio de Santo Tomás de Aquino de los Padres Dominicos; en casa del Capitán Carlos Ortega Bernal; en casa del Mayor José Figueroa, y en casa del Mayor Luis Gómez

Jurado. En las reuniones a que concurrió el Mayor Lara, no **tomó parte activa en ellas, pues solamente se limitó a asistir como simple espectador.**

"Este Consejo ha considerado que este oficial es responsable como simple comprometido en el delito por el cual ha comparecido ante este Consejo...".

Capitán José Rafael Escandón

"Este oficial participó en la (sic) reuniones que a continuación se enumeran: la llevada a cabo en casa del Teniente Coronel Ernesto Velosa Peña; en el colegio de Santo Tomás de Aquino antes mencionado; casa del Capitán Carlos Ortega Bernal, y casa del Mayor José Figueroa Paz, así como en la casa del Mayor Luis Gómez Jurado.

"No aparece plenamente probado que este oficial haya tomado actitud especial alguna en las reuniones en que asistió.

"De lo expuesto aparece establecida la participación de este oficial en el movimiento rebelde, como simple comprometido..."

Capitán Carlos Ortega Bernal

Este oficial, asistió a las siguientes reuniones: a la del colegio de Santo Tomás de Aquino; a la de la casa del Teniente Coronel Ernesto Velosa Peña; a la de la casa del Teniente Coronel Manuel Agudelo, y a la de su propia casa.

"De las reuniones a que este oficial asistió, verificándose una de ellas en su propia casa, se demuestra claramente la participación que el Capitán Ortega Bernal tuvo en el movimiento rebelde ocurrido en la ciudad de Pasto, participación que este Consejo considera como de simple comprometido...".

Es pertinente asimismo transcribir el salvamento de voto del Vocal del Consejo de Guerra, Teniente Coronel Ricardo Bayona Posada, salvamento que fundamenta en las razones siguientes:

"1ª—Los hechos ocurridos en esta ciudad y que aparecen en la sentencia y en los cuales participaron asistiendo a reuniones los tres acusados condenados, no tienen relación con los sucesos acaecidos en la ciudad de Pasto el 10 de julio pasado, y esto comprueba claramente ya que esos oficiales solamente hasta marzo de este año, participaron en las reuniones que antes se han mencionado. Y aún más, aparecen en el expediente pruebas suficientes que demuestran la actitud que tomaron estos mismos oficiales al estallar la re-

belión de Pasto, actitud que en unos fue manifiesta en contra del movimiento, y en los otros, fue pasiva, pero en ningún caso favorable al mismo movimiento.

2ª—El suscrito considera que lo que hubo y se ha debido investigar, fue un delito contra la disciplina militar, encajado en el artículo 170, numeral 5º, del Capítulo I, Título IV del Libro Tercero de la Ley 84 de 1931".

De acuerdo con las anteriores transcripciones, es indudable que los mismos hechos que dieron base para la absolución del Teniente Coronel Alberto Gómez Arenas, se sustentaron para imponer la condena al Mayor Luis Alberto Lara Santos y a los Capitanes José Rafael Escandón y Carlos Ortega Bernal, y evidentemente esto es contradictorio. Dentro de la lógica de las cosas, y aplicando el mismo criterio para todos los procesados, el veredicto ha debido ser uniforme, y por consiguiente todos han debido correr la misma o semejante suerte. Pero la sola demostración de que los Jueces, a excepción del Vocal Teniente Coronel Bayona Posada, obraron contradictoriamente, no sería bastante para llegar a la conclusión de que al pronunciarse la sentencia condenatoria, se apreciaron erradamente los hechos, ya que bien pudiera acontecer que el error de apreciación hubiese existido al absolver al Teniente Coronel Gómez Arenas, por lo cual es necesario estudiar si realmente el delito de rebelión se halla probado.

En cuanto al Mayor Luis Alberto Lara Santos aparece demostrado que asistió a varias reuniones de militares en las cuales se esbozaron planes de carácter subversivo, como nombramiento de gabinete militar, etc., reuniones éstas que se llevaron a cabo varios meses antes del 10 de julio de 1944 (Declaración indagatoria fs. 12 v. ss.). Que en dichas reuniones adoptó una actitud pasiva, que con posterioridad al nombramiento del General Domingo Espinel como Ministro de Guerra, no asistió a ninguna otra reunión, y que no tuvo ninguna participación en la rebelión del 10 de julio, tiempo en el cual se hallaba enfermo. La conducta anterior de este procesado es intachable.

En lo referente al Capitán José Rafael Escandón, consta igualmente que concurrió a varias de las reuniones militares a que se ha hecho mención; su actitud en ellas fue asimismo pasiva; aparece que al producirse los hechos del 10 de julio, de su parte hubo franca colaboración en el restablecimiento del orden quebrantado, según se

desprende de las declaraciones del Teniente Coronel José Vicente Reyes y del Mayor Justo E. Guerrero (fs. 34 y ss. y 41). También consta que observó muy buena conducta anterior.

En relación con el Capitán Carlos Ortega Bernal, también aparece establecida su asistencia a las reuniones relacionadas, una de las cuales se efectuó en su propia casa. Mas, consta que al producirse el golpe de Pasto, encontrándose en una posición importante del Ministerio de Guerra, su actitud fue decidida en colaborar con el Gobierno legítimo de la República, para debelar ese golpe militar (declaraciones del Teniente Coronel Heriberto Gómez Pereira, del General Miguel J. Neira y del Coronel Gabriel Agüero (fs. 24, 25, 26 y 38). Su conducta anterior es ejemplar.

Conforme a las pruebas que se acaban de señalar, el delito de rebelión que se atribuyó a los procesados Lara Santos, Escandón y Ortega Bernal, no se halla establecido en condiciones que requieran fallo condenatorio, y bien se advierte cómo la sentencia de segundo grado que confirmó la proferida por el Consejo de Guerra Verbal, incurrió en errónea apreciación de los hechos, máxime si se tiene en cuenta que se afirma la relación entre los sucesos de Pasto y las reuniones a que asistieron los oficiales sentenciados, la cual relación no se halla establecida en el expediente. Y aún aceptando que en el proceso existiera la comprobación que se acaba de relacionar, es lo cierto que las reuniones preanotadas habrían sido de orden preparatorio del delito de rebelión, ya que en realidad, los actos de ejecución y especialmente de consumación, sólo pudieron ocurrir al estallar la rebelión y claramente se halla demostrado que ninguno de los procesados tomó parte en ellos; antes bien su actuación fue franca contra el movimiento subversivo.

Todo el problema de este proceso estriba en la falta total de comprobación de la relación de causalidad que existiera entre las reuniones a que concurrieron los militares recurrentes y los sucesos del 10 de julio. De existir dicha rebelión, el asunto asumiría características distintas. La apreciación errada de los hechos surge de aceptar como elementos probatorios demostrados lo que apenas tiene carácter de mera hipótesis y sobre esa simple apariencia edificar una conclusión reñida con los elementos de prueba de que disponían los Jueces del Tribunal de Guerra para apreciar las circunstancias del delito y la responsabilidad que podría corresponder a los procesados.

Distinto sería que se les hubiere juzgado por

actos preparatorios constitutivos de delito, pues algunas formas de infracción permiten estructurar figuras autónomas que comprenden esos actos y los elevan a la categoría de delictuosos (v. gr. el art. 145 del C. P.), por el peligro potencial que encierran, del cual derivan su relevancia penal en las circunstancias predeterminadas en la ley, pues sin este requisito no serían punibles por mandato del artículo primero del Código Penal.

Los casos de esta ocurrencia los denomina Carrara "actos preparatorios especialmente incriminados"; y la doctrina alemana los distingue como "preparación punible de delitos". Mas no siempre el legislador castiga los actos preparatorios que puedan resultar tendientes a la consumación de un delito. Unicamente cuando tales actos, están evidentemente vinculados por una relación de causalidad a la existencia de una infracción determinada, que ha de realizarse porque los actos preparatorios así lo indican, revelando de esta suerte el propósito del agente, el estatuto penal consagra esas figuras específicas, en las que otorga relevancia penal a los hechos que están destinados a exteriorizar aquel ánimo de delinquir pero que apenas se encuentran en la fase inicial del proceso ejecutivo del delito y que deben ser reprimidos en atención a la importancia de los bienes jurídicos tutelados en tales infracciones dolosas.

En tratándose del delito de rebelión el Código Penal común estructura una especie de éstas en la disposición ya citada (art. 145), que consagra como caso sui generis de tentativa, que se sale de las reglas generales que gobiernan esta figura, porque la ley, como lo anota Sebastián Soler, se ve forzada a incriminar en forma autónoma ciertos actos preparatorios, por el interés de que la acción no siga adelante, como ocurre en dicha disposición, desde luego que el concierto para cometer el delito de rebelión a que aquélla se refiere sólo es punible cuando "los proyectos criminosos fueren descubiertos antes de iniciarse los actos ejecutivos".

Como ello no sucedió en el presente caso, no cabe conclusión diferente a la de invalidar el fallo por vicios en la apreciación de los elementos del delito imputado, que implica la inexistencia de éste en las circunstancias en que se dedujo la responsabilidad de los procesados recurrentes.

Los cargos segundo y tercero, o sea el no haberse tomado en cuenta pruebas acreditadas y manifiesta contradicción de los hechos, quedan ampliamente contestados en el análisis del pri-

mer cargo, formulado con base en la causal segunda que se acaba de hacer, por lo cual es innecesaria nueva referencia a ellos por separado.

Como la causal 2ª, según se desprende de lo anteriormente expuesto, debe prosperar, por errada interpretación o apreciación de los hechos, pues se dio un valor que no tenían en cuanto a los elementos constitutivos del delito que se les imputó a los procesados, de conformidad con el numeral a) del artículo 100 de la ley 3ª de 1945, debe invalidarse el fallo condenatorio recurrido y dictar el que debe reemplazarlo, absolviendo a los recurrentes de los cargos porque se les juzgó y sentenció en este proceso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y acorde en el fon-

do con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley INVALIDA la sentencia de fecha dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, proferida por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, por la cual se condenó al Mayor Luis Alberto Lara Santos y a los Capitanes José Rafael Escandón y Carlos Ortega Bernal, y en su lugar los ABSUELVE de los cargos porque se les juzgó y sentenció en este proceso.

Cópiese, notifíquese, dèse cuenta al Ministerio de Guerra y devuélvase el expediente.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—

Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA CORTE PUEDE EN CASACION CONOCER DEL INCIDENTE DE DESEMBARGO DE BIENES — EL EMBARGO PREVENTIVO DE LOS BIENES DEL PROCESADO, PARA GARANTIZAR EL PAGO DE LA INDEMNIZACION DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS CON EL DELITO, ES IMPROCEDENTE EN LOS JUICIOS DE QUE CONOCE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

1—Los artículos 130 y 703 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 283 del Judicial, le dan plena competencia a la Corte para desatar el incidente sobre desembargo de bienes, dentro del recurso extraordinario de casación. Porque si se puede decretar el desembargo de lo excedente, o de las cosas que no interesan al proceso, “en cualquier estado” de éste, A FORTIORI debe levantarse el embargo de todos los bienes cuando éstos fueron indebidamente puestos fuera del comercio por un auto que es contrario a la ley.

2—El nuevo Código de Justicia Penal Militar ha excluido, contrariamente al Código ordinario, la decisión de todo cuanto atañe a la reparación de perjuicios, según la clara e inequívoca fórmula adoptada. “Ante la jurisdicción penal militar —dice el art. 24— no se ventilan cuestiones de interés pecuniario ni habrá parte civil. Las acciones para indemnización de perjuicios derivadas de delitos sujetos a la jurisdicción militar se ventilan ante la justicia ordinaria, conforme a las normas comunes”.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El apoderado del doctor Julio Ortiz Márquez, condenado éste por el Comando de las Fuerzas Militares en sentencia ya impugnada ante la Corte, ha solicitado se desembarguen los bienes muebles e inmuebles y saldos bancarios que en virtud del auto del once de julio del año pasado, dictado por el Jefe del Departamento Nacional de Investigación, fueron puestos fuera de comercio.

La solicitud se funda en los siguientes hechos acreditados en el proceso:

a) El Comando Superior de las Fuerzas Militares decretó el desembargo de los bienes de los señores doctor Alvaro García Herrera, Nicolás García Rojas, Hernando Zapata Gómez, Luis Guillermo Clavijo Jiménez e Isaías Rodríguez Ortega, con exclusión de los del doctor Ortiz Márquez y otro, los que aún —por lo tanto— se hallan sometidos al decreto de embargo, y

b) El mencionado Comando, a una solicitud análoga a la que aquí se decide, se abstuvo de considerarla con base en la falta de jurisdicción, por cuanto el proceso se halla en la Corte.

Como fundamento de derecho, citó el art. 24 del Código de Justicia Penal Militar vigente (Decreto 1125 de 1950) según el cual en los procesos penales militares se excluyó la constitución de parte civil.

La Sala —en atención al art. 130 del Código de Procedimiento Penal, que prescribe el sistema de la articulación en materia civil en los casos de reducción de embargo en los procesos penales— decidió someter la solicitud de desembargo a dicha norma, y —en su cumplimiento— se dio traslado al señor Procurador Delegado, funcionario que, con base en los arts. 130 y 703 del Código citado, en armonía con el art. 283 del de Procedimiento Civil, emitió concepto favorable tanto a la competencia de la Corte para decidir la solicitud *sub-judice* como el fundamento jurídico de la misma.

A) La competencia de la Corte

Las normas que la Sala toma en consideración respecto a la competencia, son las siguientes:

a) El art. 130 del Código de Procedimiento Penal, según el cual “en cualquier estado del proceso en que el sindicado compruebe que ha habido exceso en el embargo y secuestro preventivo de bienes el Juez decretará —mediante el procedimiento civil— el desembargo de lo excedente”;

b) El art. 283 del de Procedimiento Civil, aquí aplicable en virtud del art. 138 del de Procedimiento Penal, según el cual “en cualquier estado del juicio en que el demandado compruebe que hay exceso en el secuestro debe reducirse éste a aquellos bienes cuyo valor se estime suficiente para garantizar los derechos del demandante, y

c) El art. 703 del mismo Código, según el cual “cuando las cosas secuestradas no interesen a los fines del proceso, se entregarán en cualquier estado de éste a quien pruebe tener derechos”.

Tomando como punto de partida de su estudio sobre la competencia de la Corte para decidir el desembargo pedido, las normas relativas a facultades ejercitables **“en cualquier estado del proceso”** —subraya la Sala— tales como las que conciernen a la sentencia del art. 153, a la ampliación de la querella o denuncia, a la constitución de la parte civil, a la invocación de las causales de nulidad, a la concesión y revocación de la libertad, provisional y a otras análogas, el Procurador hace las deducciones siguientes, que la Sala comparte:

“Por consiguiente, al autorizar al legislador al Juez o Magistrado para que atienda y resuelva determinados puntos, “en cualquier estado del proceso” o “en cualquier tiempo”, sin restricción alguna acerca de los términos judiciales, ni de la situación procesal en que se halle el negocio, le está dando al juzgador, en todo momento de la vida del expediente, competencia para conocer de esas materias, ya se encuentre el proceso en trámite ordinario de instancia o en el extraordinario de casación. En este sentido, no hay caducidad, preclusión o invalidez jurídica para el funcionario del conocimiento ante quien se suscita una decisión de tal naturaleza.

“Y esto ocurre cabalmente cuando se presenta el incidente de desembargo de bienes en el curso de la acción penal, por virtud de las terminantes disposiciones de los artículos 130 y 703 de la Ley 94 de 1938, que consagran en todo tiempo o “en cualquier estado del proceso”, el desembargo de aquellos bienes del procesado que no son necesarios para garantizar la indemnización de perjuicios debida a la víctima del delito, en el un caso, o la entrega de las cosas secuestradas a quien pruebe tener derecho, y que no interesen a los fines del proceso, en el otro caso.

“Aún en materias civiles, dispone el artículo 283 del Código Judicial “en cualquier estado del juicio en que el demandado compruebe que hay exceso en el secuestro, debe reducirse éste a aque-

llos bienes cuyo valor se estime suficiente para garantizar los derechos del demandante”.

“Por donde se ve que el espíritu y la voluntad de la ley es que nunca se grave al deudor con el embargo o secuestro de aquellos bienes que exceden la seguridad de las acciones que trata de garantizar el correspondiente acreedor. El patrimonio es algo fundamental de las personas, y la autoridad no puede restringirlo o sacarlo fuera del comercio sino en los casos preestablecidos por el legislador.

“En consecuencia, los artículos 130 y 703 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 283 del Judicial, le dan plena competencia a la Corte para desatar el incidente sobre desembargo de bienes dentro del recurso extraordinario de casación. Porque si se puede decretar el desembargo de lo excedente, o de las cosas que no interesan al proceso, “en cualquier estado” de éste, **a fortiori**, debe levantarse el embargo de todos los bienes cuando éstos fueron indebidamente puestos fuera del comercio por un auto que es contrario a la ley, como ocurre aquí.

“Es oportuno observar, desde otro aspecto, que la Corte no ha tenido inconveniente alguno en resolver y conceder solicitudes de libertad a los recurrentes en casación, fundándose, precisamente, en el artículo 395 del Código de Procedimiento Penal, que estatuye que la excarcelación puede pedirse “en cualquier estado del proceso”.

B) El desembargo

Delucidada, mediante el análisis anterior, la competencia de la Corte, la cuestión se reduce a estudiar si es o no viable —de conformidad con la ley vigente— el desembargo pedido.

El nuevo Código de Justicia Penal Militar ha excluido, contrariamente al Código ordinario, la decisión de todo cuanto atañe a la reparación de perjuicios, según la clara e inequívoca fórmula adoptada. **“Ante la jurisdicción penal militar —dice el art. 24— no se ventilan cuestiones de interés pecuniario ni habrá parte civil. Las acciones para indemnización de perjuicios derivadas de delitos sujetos a la jurisdicción penal militar —termina— se ventilan ante la Justicia ordinaria, conforme a las normas comunes”.**

La aplicación de esta norma fue el fundamento que acogió el Comando General de las Fuerzas Militares, en sus providencias del veintiocho de noviembre del año pasado y nueve de febrero del presente, mediante las cuales decretó al desem-

bargo de los bienes pertenecientes a los procesados señores doctor García Herrera, García Rojas, Clavijo Jiménez, Rodríguez Ortega y Zapata Gómez.

La solicitud del apoderado del doctor Julio Ortiz Márquez tiene base legal, y debe, por lo tanto, resolverse favorablemente.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia a nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

a) Desembargar —como en efecto desembarga— todos los bienes muebles e inmuebles perte-

necientes al doctor Julio Ortiz Márquez, que le fueron embargados preventivamente mediante auto de once de julio del año pasado, y

b) Comunicar esta providencia al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ubaté y Bogotá, al Jefe del Departamento Nacional de Investigación, al Director de Transportes y Tarifas, al Director de Circulación y Tránsito y a las demás entidades bajo cuyo control se hallen los bienes embargados.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

RESTITUCION DE TERMINOS — REQUISITOS PARA QUE SEA PROCEDENTE

El Código de Procedimiento Judicial, en su artículo 372, establece que cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, se puede pedir la restitución de él por el interesado, en aquellos casos en que el asunto no haya sido resuelto en forma definitiva.

Es, pues, la fuerza mayor o el caso fortuito, la única causa que puede dar lugar a la restitución de los términos judiciales, cuando se han extinguido y no se ha hecho uso de ellos oportunamente. Fuerza mayor o caso fortuito es la que por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de una obligación. (Diccionario Escriche).

Según el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, consistiendo esta irresistibilidad en que no haya sido posible impedir que el hecho suceda, colocando a quien tiene el deber de cumplir una obligación en imposibilidad de satisfacerla.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El doctor Manuel Cuello Urueta, en escrito presentado a la Sala de Casación Penal de la Corte con fecha veinte de febrero pasado, manifiesta que ocurre ante esta Superioridad "con el propósito de solicitarles de la manera más respetuosa que, teniendo en cuenta lo ordenado por el artículo 70 del Código de Procedimiento Penal en armonía con lo preceptuado por el artículo 372 del Código Judicial, se disponga la restitución del término en el negocio de la referencia". (Proceso contra Zoilo Tejada por homicidio, procedente del Tribunal Superior de Santamarta).

El pedimento de dicho abogado se tramitó en la forma señalada por el Código de Procedimiento Civil y se produjeron en el término legal corres-

pondiente, las pruebas solicitadas por el peticionario, entre ellas las declaraciones de los señores Hernando Buitrago, Humberto Velásquez y Alfonso Roso que se refieren al hecho de que el solicitante, solo recibió el poder que le confirió el procesado Zoilo Tejada y que tiene fecha siete de febrero del año en curso, el día veinte del mencionado mes de febrero, y una certificación del Secretario General de "Aerovías Nacionales S. A. Avianca", en el que se afirma que el reclamado número 59920, llegó a Bogotá el día 9 de febrero de 1952 y aparece entregado el día 20 del mismo mes.

Se considera:

En el proceso a que se refiere la solicitud del doctor Cuello Urueta, se dictó con fecha trece de febrero pasado una providencia de carácter interlocutorio, declarando desierto el recurso de casación interpuesto y condenando en costas a la parte recurrente.

En el escrito del abogado en mención, como aparece de lo dicho al comienzo de este auto, se solicita la restitución de términos en este proceso, pero no se dice de qué términos se trata, de suerte que, la Sala no sabe qué finalidad se propone el peticionario.

Y si dicha solicitud se encamina a obtener la restitución del término que tiene la parte recurrente para presentar la respectiva demanda de casación, ello como ya se observó no lo ha pedido el actor y la Corte, dada la naturaleza especialísima del recurso de que aquí se trata, no puede suplir sus deficiencias.

Aunque se aceptara que el peticionario solicita por medio del escrito aludido, la restitución de los términos que tiene la parte recurrente para presentar la respectiva demanda de casación en este proceso, su petición no sería procedente.

En efecto: el Código de Procedimiento Judicial en su artículo 372, establece que cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, se puede pedir la restitución de él por el interesado, en aquellos casos en que el asunto no haya sido resuelto en forma definitiva.

Es, pues, la fuerza mayor o el caso fortuito, la

única causa que puede dar lugar a la restitución de los términos judiciales, cuando se han extinguido y no se ha hecho uso de ellos oportunamente. Fuerza mayor o caso fortuito es la que por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación. (Dic. Escribano).

Según el artículo 1º de la ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, consistiendo esta irresistibilidad en que no haya sido posible impedir que el hecho suceda, colocando a quien tiene el deber de cumplir una obligación en imposibilidad de satisfacerla.

En el caso de autos, parece que el abogado del procesado ha querido demostrar, que si no presentó en la debida oportunidad legal la demanda de casación, fue porque el poder que se le otorgó con ese objeto, por deficiencias de la empresa de transportes, no se le entregó en el tiempo debido, no obstante que llegó a esta ciudad antes de que hubiera transcurrido el término del traslado.

De las pruebas practicadas durante el término probatorio del incidente, se deduce que el poder que el procesado Zoilo Tejada confiere al doctor Cuello Urueta, fue suscrito el día siete de febrero del año en curso, que se presentó en la misma fecha ante el Juez Primero Superior de Santamaría, que llegó a Bogotá por el correo de la Avianca el día nueve de febrero siguiente pero, no fue entregado al mencionado doctor Cuello Urueta sino el día veinte del mismo mes. Además, de autos aparece que el término del traslado para formular la demanda de casación, se venció el día doce del precitado mes de febrero.

De lo anterior se concluye, que si el poder de que se ha hablado, hubiera sido entregado oportunamente al peticionario, éste hubiera podido presentar la correspondiente demanda de casación en este negocio y no se hubiera declarado desierto el recurso.

Pero según se ha afirmado ya, la única causa o motivo que da lugar a la restitución de un término

judicial que se ha extinguido y no se ha hecho uso de él, es la fuerza mayor o el caso fortuito, la cual debe estar probada plenamente. Y en el caso que se estudia, la fuerza mayor o el caso fortuito, no se encuentra establecida, porque de la certificación expedida por el Secretario General de la Avianca, se deduce que si el poder que otorgó el procesado al doctor Cuello Urueta, no fue entregado oportunamente, ello se debió a que no tenía registrada su dirección en las oficinas de dicha empresa y el sobre que contenía dicho poder, traía una dirección incompleta, pues en él se lee: "Edificio Stella N° 409", pero no se anotó la dirección con indicación de la carrera y del número de entrada del edificio. Se trata, pues de una imprevisión, imputable a culpa del procesado o de su presunto representante, que no tiene el carácter de irresistibilidad que en esencia caracteriza a la fuerza mayor o caso fortuito o en otros términos la circunstancia que impidió actuar dentro de los términos legales al apoderado del procesado, era previsible para éstos y por lo tanto, no tiene la calidad eximente que exige la ley cuando se trata del cumplimiento de determinadas obligaciones.

Por consiguiente, no es el caso, de restituir en este proceso, los términos a que alude el escrito del doctor Cuello Urueta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la restitución de términos solicitada por el doctor Manuel Cuello Urueta, en su carácter de apoderado de Zoilo Tejada, en el proceso seguido contra éste por el delito de homicidio.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—

Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vázquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

EN LOS RECURSOS DE CASACION INTERPUESTOS CONTRA LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LOS TRIBUNALES MILITARES EN LOS PROCESOS ADELANTADOS POR LOS HECHOS OCURRIDOS EL DIA 10 DE JULIO DE 1944, ES PROCEDENTE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION, PORQUE ASI LO DISPONE EXPRESAMENTE LA LEY

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Consejo de Guerra Verbal reunido para juzgar al Mayor Luis Gómez Jurado y al Capitán Hernando Leiva Suárez, sindicados del delito de rebelión, dictó sentencia con fecha nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, condenándolos a la pena de dos años de reclusión militar, a cada uno y a las accesorias de la destitución militar y a las demás pertinentes fijadas por la ley.

El Comando de la Brigada de Institutos Militares, conoció de la sentencia antes relacionada, por apelación interpuesta por los defensores, de los procesados y en fallo que lleva fecha trece del mismo mes de septiembre de 1944, reformó la mencionada sentencia en el sentido de condenar al Mayor Gómez Jurado a la pena principal de dos años de prisión militar y a la accesoria de separación del servicio, confirmándola en lo demás.

Por la época en que se dictó el fallo antes relacionado, no existía para esa clase de sentencias el recurso de Casación. Pero el Decreto 1197 de 1951, en su artículo 1º hizo extensivos los recursos de casación y de revisión consagrados por el Código de Justicia Penal Militar, a las sentencias de segunda instancia dictadas en los procesos de que habían conocido en primera Consejos de Guerra Verbales y contra las cuales la legislación vigente cuando se proferieron, no consagraba tales recursos extraordinarios, ni tales procesos habían sido objeto de nulidad. Fue con fundamento en el mencionado Decreto, que los procesados por medio de su apoderado, abogado doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, interpusieron el recurso de ca-

sación contra la sentencia de segunda instancia dictada en este negocio.

Por lo tanto, siendo procedente la acción y habiéndose cumplido las formalidades propias del recurso, se entra a decidir lo que sea legal.

En la demanda, se invocan las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

Se deduce de las constancias del proceso, que en el año de 1943 y primeros meses del año de 1944, un grupo de Oficiales del Ejército se reunió en diferentes sitios de esta ciudad y en fechas diferentes, con el objeto de propiciar un movimiento que devolviera al ejército su perdida influencia y su prestigio, procurando que se designara como Ministro de Guerra a un militar. En los meses de enero y marzo de 1944 se celebraron algunas reuniones en casa del Capitán Carlos Bernal, en el Colegio de Santo Tomás de Aquino y en casa del Teniente Coronel Ernesto Velosa Peña, a lo cual concurren entre otros, el Mayor Luis Gómez Jurado y el Capitán Hernando Leiva Suárez. Posteriormente hubo otras reuniones en casa del Mayor José Figueroa Paz, en la del Mayor Gómez Jurado y en la del Teniente Coronel Manuel Agudelo, a las que también se afirma que concurren Gómez Jurado y Leiva Suárez. Posteriormente, se produjeron los hechos del día 10 de julio, en los cuales fue apresado el Presidente de la República en la ciudad de Pasto y se realizaron hechos de la misma índole en las ciudades de Ibagué y Bucaramanga.

El señor Procurador General de la Nación, en el concepto emitido en este negocio, estudia en primer término la causal segunda, afirmando que de prosperar ésta, no habría objeto de hacerlo con relación con las demás. Como este concepto es acertado, se procederá en el mismo orden seguido por el Representante del Ministerio Público.

Causal segunda

Dice la demanda que invoca la causal segunda de casación a) por errada interpretación y apreciación de los hechos, y b) por no haberse tomado en cuenta determinadas pruebas del proceso a pesar de estar acreditadas en él.

Manifiesta el actor que a todos estos cargos les es común la nota de que los hechos se refieren a los elementos constitutivos del delito y determinantes de la responsabilidad, y por ello, influyó en la determinación de la sanción. Que antes de determinar los cargos en concreto, solicita una explícita declaración sobre la procedencia de la causal segunda en relación con este proceso, pues la Corte en reiterada jurisprudencia ha sostenido que en los procesos en que interviene el Jurado, no puede darse dicha causal; que el origen de esa constante jurisprudencia, se hace radicar en la circunstancia de que los Jueces de conciencia al fallar sobre la responsabilidad, no deben atender otra regla que su conciencia y por tratarse de un fallo de esta índole, una entidad jurisdiccional no puede penetrar en el campo interno de esa conciencia ni de los modos como adquirió esa convicción para determinar esa responsabilidad. Dice que esta actitud es perfectamente lógica, cuando se trata de verdaderos jueces de conciencia, lo que no ocurre así, en tratándose de Consejos de Guerra Verbales, conforme a los preceptos de la ley 84 de 1931; que el sistema imperante conforme a esta ley, daba lugar a que los Vocales del Consejo de Guerra actuaran conforme a diferentes normas, pues sin invocar el acto de conciencia, se les exigía que declararan la responsabilidad con un **sí** o **no** por mayoría de votos y se les daba la función jurisdiccional de carácter eminentemente jurídico de redactar la sentencia y aplicar las penas correspondientes con arreglo a las leyes, permitiendo a los Jurados salvar votos; que entre este sistema y los de la ley 3ª de 1945 y el Decreto Extraordinario número 1125, existen notables diferencias en cuanto a la función judicial ejercida por los Vocales de los Consejos de Guerra Verbales y solamente destaca, esa facultad jurídica de redactar las sentencias, que dentro de todo sistema procesal es propio de los Jueces de Derecho.

Agrega que, esa mixtificación obedece a la naturaleza propia de la justicia militar, pero no puede ser argumento para sostener que tales Vocales que tienen la doble función de juzgar en conciencia y en derecho, sean únicamente Jueces de

conciencia y sus fallos deban asimilarse a un veredicto de un Jurado común, no sometible a la revisión por parte de los Jueces de derecho y entonces, la tesis de la Corte Suprema tiene que hacer una excepción para admitir en tales casos la operancia de la causal segunda de casación, por cuanto ella no incide, como ocurriría en los demás casos, de que no se puede entrar a revisar esos fallos por virtud de la mencionada causal, por haberse proferido en conciencia por un Tribunal ocasional de Justicia.

Entrando en el estudio de los cargos, afirma que se refiere a aquellos que constituyen la base de la imputación, es decir, del hecho incriminado a los reos, del que se ha tenido como base de su responsabilidad y que para el caso presente, es el de la participación del Mayor Luis Gómez Jurado y del Capitán Hernando Leiva Suárez, en un delito de rebelión, como se deduce de la parte resolutive del auto de convocatoria dictado contra esos procesados.

Sostiene que de las ampliaciones a las indagatorias del Mayor Gómez Jurado y del Capitán Leiva Suárez, no se deduce contra ellos ningún cargo concreto y según la sentencia, se les condenó porque por haber asistido a unas reuniones en casa de otros militares, en lo cual no encontrará la Corte sino simples referencias sumamente vagas e imprecisas que no sirven para relacionar una imputación, pues ni siquiera existe la declaración indagatoria de los procesados y apenas hay unas diligencias que se denominan de ampliación, en las que aparecen, como lo ha afirmado, alusiones vagas a reuniones que no se sabe en qué época ocurrieron, ni en qué sitio ni qué se trató en ellas. Manifiesta que las afirmaciones de los sentenciados en las diligencias nombradas, se refieren apenas a cuestiones circunstanciales que no hacen relación a ningún delito de rebelión; que niega de plano, sin hacer otras consideraciones, que estén probados los hechos a que se refiere la sentencia.

El actor transcribe varios apartes de la sentencia recurrida, donde se alude a las pruebas (Declaraciones de varios Oficiales), que se tuvieron como base suficiente de la responsabilidad de los sentenciados y dice que, examinado el expediente folio por folio no se encuentran las declaraciones a que hace mención la parte considerativa del fallo y únicamente, obran una declaración del Coronel Régulo Gaitán y otra del Capitán Gómez Jurado, y un careo entre Gómez Jurado y Leiva Suárez y un careo entre Leiva Suárez

rez y el Capitán Alberto Rueda Terán y la declaración del Mayor José J. Guzmán; que de las declaraciones citadas en la sentencia, solamente existe la del Capitán Luis Luzardo, pero esas diligencias de careo y las declaraciones nombradas antes, no prueban ni la concurrencia de los procesados a reuniones subversivas ni a ningún acto que los comprometa en el delito de rebelión.

Añade que en el caso de existir las pruebas citadas en el fallo de segunda instancia, no figuran en el proceso ni auténticas ni en copia y esto constituye una indebida citación en tal sentencia, porque se refiere a hechos inexistentes o que si existieron no están dentro del proceso y la Corte no puede atenerse sino a los elementos de juicio contenidos en el informativo, pues para condenar es requisito indispensable que el hecho esté probado y en el caso de autos, está huérfano de pruebas y puede decirse que a los acusados se les condenó de memoria, en forma arbitraria y con carencia absoluta de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción porque se les condenó, que es la rebelión, y de ahí que la sentencia, contenga un vicio cardinal, como es la errada interpretación y apreciación de los hechos.

En relación con el segundo cargo, dice que si bien en el proceso no existen pruebas de incriminación, si existen pruebas de la inocencia de los procesados y la propia sentencia se refiere a estas pruebas, no obstante lo cual condenó a dichos oficiales. Transcribe algunos apartes del fallo de segunda instancia, donde se examina la situación de los procesados en presencia de los cargos que se les hacen, consistentes en haber concurrido a varias reuniones subversivas. También se dice en tales apartes, que el Capitán Leiva Suárez con la concurrencia a dichas reuniones, aunque no está probado que fuera uno de los autores intelectuales de la infracción, participó secundariamente en los hechos como simple comprometido o cómplice, en los antecedentes del movimiento. Y en cuanto al Mayor Gómez Jurado, se afirma en el mismo fallo, en presencia de las pruebas que obran en el proceso, que se negó rotundamente a participar en los planes tratados en las mencionadas reuniones y concluye, en la siguiente forma:

"Luego si el Mayor Gómez Jurado negó todo vínculo espiritual a los promotores del delito; si él nada hizo para colaborar en el resultado común; si su presencia en las juntas no estuvo contaminada de dolo; y, en fin, si en ningún momento hubo acuerdo de voluntades con los responsa-

bles del movimiento subversivo, es lógico concluir que este oficial no puede tacharse de cómplice ni de comprometido en tal infracción, sencillamente porque no prestó su concurso de voluntad ni su concurso de acción".

Agrega el actor que, respecto del Capitán Leiva Suárez, lo único que puede decirse, es que la prueba de las imputaciones que se le hacen brilla por su ausencia, pues no hay prueba de la asistencia de aquel militar a las reuniones mencionadas y aún dando por aceptado que la prueba es la afirmación que se hace en la sentencia, sería indispensable demostrar a qué asistió Leiva Suárez a esas reuniones, en dónde se reunió y qué participación tuvo en ella, pues no se puede condenar a una persona por un hecho que no está probado y en el expediente no existen esas pruebas.

Y en cuanto al Mayor Gómez Jurado, la propia sentencia en sus considerandos no sólo no admite su responsabilidad en los hechos imputados, sino que cita las pruebas que demuestran su inocencia y sin embargo, no las toma en cuenta, no obstante estar debidamente acreditadas.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador General de la Nación, estima que la causal segunda invocada en la demanda debe ser admitida y es de concepto que el recurso debe prosperar, en cuanto se refiere a dicha causal, no siendo el caso de estudiar el resto de las causales invocadas, haciendo la solicitud de que se case el fallo recurrido.

Se considera:

La admisión para estos procesos de la causal segunda de casación, ha sido objeto de detenido estudio en otros fallos de la Corte. En éstos se expusieron las razones que dan fundamento legal para su admisibilidad y por ello, es el caso de transcribir lo que entonces se dijo a ese respecto:

"El Decreto Ejecutivo número 1197 de 29 de mayo de 1951, en su artículo 1º, hizo extensivos los recursos extraordinarios de casación y de revisión consagrados por el Código de Justicia Penal Militar, a las sentencias de segunda instancia dictadas en los procesos de que hubieran conocido en primera Consejos de Guerra Verbales y contra las cuales, cuando se prohirieron, la legislación vigente no consagraba tales recursos, ni éstos habían sido objeto de nulidad.

"El artículo 2º del mismo Decreto, dispuso que los recursos de que antes se habla, se 'tramitarán y decidirán en la forma y términos señalados para los mismos en el Código de Justicia Penal Militar vigente', es decir, que para efectos de la tramitación de aquellos recursos y en cuanto a la forma de decisión de los mismos, remite la disposición aludida, a lo establecido para tales casos en el Código de Justicia Penal Militar vigente, cuando se dictó dicho Decreto.

"El Código Penal Militar vigente cuando se dictó el Decreto que consagró los recursos de que se viene hablando, para los procesos que no los tenían cuando se profirieron en ellos las sentencias de segunda instancia ni habían sido objeto de nulidad, es el Decreto Ejecutivo número 1195 de 31 de marzo de 1950, el cual dispone que entrará a regir el 20 de abril del mismo año y que en sus disposiciones transitorias, preceptúa:

"Artículo 458.—Las disposiciones de este Código se aplicarán solamente a los procesos que se iniciaren después de su vigencia.

"Los sumarios y juicios que estuvieren pendientes, cuando entre en vigencia, contiunarán rigiéndose por el procedimiento anterior, si fuere más favorable al procesado". (Subraya la Corte).

"Por consiguiente, de acuerdo con la norma antes transcrita, el Código Penal Militar vigente para los procesos iniciados antes del 20 de abril de 1950 y que en calidad de sumarios o juicios estuvieran pendientes en esta fecha, entre los cuales se hallaban los que surgieron como consecuencia de los sucesos ocurridos el 10 de julio de 1944, es la ley de Justicia Militar anterior al mencionado Decreto 1195 de 1950, o sea, la ley 3ª de 1945.

"Esta ley en su artículo 97 establece como causales que dan lugar al recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares, las mismas que consagra el Código de Procedimiento Penal ordinario, es decir, que entre las causas que pueden dar lugar a casar una de tales sentencias, se encuentran todas las enumeradas en la causal segunda del Código antes nombrado.

"En otros términos es por virtud de lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo 1197 de 29 de mayo de 1951, que en los procesos surgidos como consecuencia de los hechos ocurridos el día 10 de julio de 1944 en la ciudad de Pasto, hay lugar al recurso extraordinario de casación contra las sen-

tencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares, con admisión para esos procesos de la causal segunda, en forma análoga a lo que estatuyó la ley 28 de 1948 para las sentencias pronunciadas por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares respecto de los delitos cometidos en los días 9 de abril y siguientes del mismo año.

"Es, pues, el caso de entrar en el estudio de los cargos que con base en dicha causal formula el demandante en su libelo, no porque jurisdiccionalmente se haga una excepción en lo tocante a la admisión de esa causal por tratarse de una sentencia dictada con base en un veredicto emitido por los Consejos de Guerra Verbales ni porque se aplique a estos casos el principio de interpretación benigna, sino porque como se ha dejado establecido, hay disposiciones legales que ordenan expresamente que tales procesos se rijan por el procedimiento anterior, que es más favorable para ellos, y este procedimiento es el que consagra la ley 3ª de 1945, el cual con la modificación introducida por aquel Decreto, establece no sólo el recurso en mención, sino también la admisibilidad de la causal segunda". (Casación del Teniente Coronel Juan A. Sarmiento. Sentencia de 7 de marzo de 1952).

Lo transcrito antes, es suficiente para admitir en este proceso la causal segunda de casación y entrar en el estudio de los cargos, que con base en ella, se consignan en la demanda, contra la sentencia recurrida.

Los cargos formulados en la demanda, según se ha dicho son dos: a) Errada interpretación y apreciación de los hechos; y b) No haberse tomado en cuenta determinadas pruebas contenidas en el proceso, no obstante estar acreditadas.

El actor, como se ha dejado establecido, sostiene que la condena tuvo base en el hecho de haber asistido el Mayor Luis Gómez Jurado y el Capitán Hernando Leiva Suárez, a unas reuniones de militares verificadas en esta ciudad de Bogotá con anterioridad a la rebelión militar de Pasto, hecho respecto del cual, en su sentir, sólo existen vagas referencias, pero no una prueba que establezca ese hecho, pues las declaraciones citadas en la sentencia de primer grado y también en la que es objeto del recurso, no obran en el expediente, lo que quiere decir que a los procesados se les condenó "de memoria". También sostiene que, el delito de rebelión por el cual se les juzgó, no está probado y la propia sentencia recurrida, admite

la existencia de pruebas de la inocencia de los procesados.

Como lo sostiene la Procuraduría, las diligencias informativas que se levantaron para juzgar al Mayor Luis Gómez Jurado y al Capitán Hernando Leiva Suárez, son de las más deficientes e incompletas que pueda concebirse. Sólo catorce folios las componen, partiendo del auto de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal hasta los cuestionarios sometidos a la consideración de los Vocales. Y el Ministerio Público, enumera así, las piezas que se encuentran en esos catorce folios:

"Folio 1.—Auto de convocatoria.

"Folio 2.—Declaración del Coronel Régulo Gaitán.

"Folios 3 y 4.—Ampliación de indagatoria del Mayor Gómez Jurado.

"Folio 5.—Declaración del Capitán Carlos Gómez Jurado.

"Folio 6.—Diligencia de posesión de defensores.

"Folio 7.—Declaración del Capitán Leiva Suárez.

"Folio 8.—Diligencia de careo entre los Capitanes Carlos Gómez Jurado y Hernando Leiva.

"Folios 8 v. y 9.—Diligencia de careo entre los Capitanes Leiva Suárez y Rueda Terán.

"Folio 9 v.—Declaración del Capitán Luzardo.

"Folio 10.—Declaración del Mayor Guzmán.

"Folio 11.—Solicitud de pruebas del defensor del Mayor Gómez Jurado.

"Folio 12.—Solicitud de cita de un testigo hecha por el apoderado del Capitán Leiva Suárez.

"Folio 13.—Solicitud de pruebas del mismo apoderado del Capitán Leiva.

"Folio 13 bis.—Certificación del Ministerio de Guerra sobre el hecho de encontrarse los procesados en servicio activo".

El contenido de las diligencias enumeradas, es lo que sirve de fundamento a la sentencia del Consejo de Guerra Verbal y también, a la sentencia de segunda instancia. En tales diligencias, lo único que aparece claro, es que tanto el Mayor Gómez Jurado como el Capitán Leiva Suárez, asistieron a algunas reuniones de militares, verificadas en esta ciudad, en los primeros meses del año de mil novecientos cuarenta y cuatro, en las que se habló de un movimiento de carácter subversivo, cuyas finalidades no se dice cuáles eran, pues las afirmaciones que hacen los procesados en la ampliación de sus indagatorias son muy vagas e imprecisas y este mismo defecto, se observa en las diligencias de careo que obran en el expediente.

11—Gaceta

diente y en las declaraciones traídas al mismo informativo.

Otra observación que cabe hacer a esos elementos de prueba es la de que ninguno de los sentenciados Gómez Jurado y Leiva Suárez, aparece como director o promotor de esas juntas o reuniones y su presencia en ellas fue completamente ocasional.

En tratándose del Mayor Gómez Jurado, éste ha manifestado repetidamente, que siempre se negó a entrar en el movimiento militar que se le proponía y llegó hasta pedir su retiro del Ejército a fin de que no se le molestara con incitaciones a participar en esa clase de planes subversivos. Esta conducta del nombrado Oficial, se encuentra probada no sólo con las afirmaciones que él mismo hace en la ampliación a su indagatoria, que no están contradichas con prueba alguna, sino también con el testimonio del Mayor José J. Guzmán (folio 10), quien dice que oyó que el Coronel Agudelo decía algo sobre asuntos subversivos y Gómez Jurado alzando la voz, contestó que "él no entraba".

Además de lo anterior, el Coronel Régulo Gaitán, en declaración que obra en los autos, manifiesta que la conducta del Mayor Gómez Jurado durante la permanencia del declarante al frente de la Escuela Militar y por informes que tuvo de su antecesor Coronel Ocampo, fue absolutamente intachable y el día 10 de julio se repartieron la vigilancia de la Escuela, no habiendo observado ninguna manifestación de inconformidad o desagrado de parte de aquél y nunca tuvo noticia de que hubiera hecho labor subversiva o hubiera tratado de influenciar en forma indebida a los Oficiales de dicha Escuela.

Esta situación jurídica del Mayor Gómez Jurado, ha sido reconocida en la sentencia de segunda instancia, pues en ella se dice, en uno de los considerandos ya transcritos en esta providencia, que le negó todo vínculo espiritual a los promotores del delito, que no colaboró con ellos, que su presencia en las reuniones estuvo exenta de dolo y que en ningún momento estuvo de acuerdo con los responsables del movimiento subversivo y por eso, no puede tachársele de cómplice ni de comprometido en la realización del delito materia del proceso.

Después de hacer la sentencia recurrida las afirmaciones antes relacionadas, dice que contra el Mayor Gómez Jurado existe un cargo del cual no puede exonerarse y es el de no haber hecho todo lo que indicaba la prudencia y la previsión

para que el delito no tuviera consumación. Pero contra esto, existen constancias procesales según las cuales el procesado no incurrió en este acto de omisión, ya que del testimonio del Coronel Régulo Gaitán, aparece que a él le hizo sabedor de las mencionadas reuniones, indicándole que éste era uno de los motivos de su retiro del Ejército.

Fuera de lo anterior, el acto de omisión en que se basa la condena del Mayor Gómez Jurado, es un cargo que no da asidero en el caso presente para fundar un fallo condenatorio, pues se trata de una omisión que no es jurídicamente punible porque las reuniones de que habla el proceso eran conocidas ampliamente del Presidente de la República. Así aparece, no obstante las deficiencias de este expediente, del testimonio del Capitán Luis Luzardo (fl. 9 v.), quien dice haberlo informado al Presidente de la República. No eran, por lo tanto, un secreto para las autoridades las mencionadas reuniones y no se le puede hacer al procesado el cargo de no haber hecho todo lo que aconsejaba la prudencia para que el delito no se consumara, precisamente porque siendo ya ese hecho de conocimiento del Jefe del Ejecutivo, era a éste y a sus colaboradores a quienes correspondía tomar las medidas adecuadas para que los hechos no tuvieran realización.

En lo que dice relación al Capitán Leiva Suárez, se le hace a éste el cargo de haber concurrido a las reuniones de militares celebradas en esta ciudad, en el Colegio de Santo Tomás de Aquino, en casa del Teniente Coronel Luis Agudelo y en casa del Teniente Coronel Ernesto Velosa Peña.

En la ampliación a la indagatoria del Capitán Leiva, éste reconoce haber concurrido a la reunión verificada en casa del Teniente Coronel Agudelo, donde dice estuvo por espacio de diez minutos; afirma que no conocía al Coronel Agudelo y era la primera vez que lo veía en su vida y si concurrió a ese lugar, fue por haberse encontrado la noche de la reunión con el Capitán Gregorio Quintero, quien lo invitó a subir a su carro y creyendo que se trataba de ir a tomar trago, le manifestó que no podía irse con él porque tenía que hacer una diligencia, pero como le dijo que era asunto de cinco minutos, subió al vehículo y después de recorrer unas cuadras, entraron a una casa donde estaban dos o tres oficiales conversando y luego apareció el Coronel Agudelo, quien habló algunas cosas relacionadas con que había que mejorar el Ejército, pero en su concepto no se trataba de nada subversivo y poco cuidado le

puso a la conversación y después se retiraron. También manifiesta que concurrió a las reuniones verificadas en el Colegio de Santo Tomás de Aquino y a la casa del Coronel Velosa Peña; que en relación con la primera, no le consta que se hubiera tratado de asuntos subversivos y en cuanto a la segunda, fue una reunión de carácter social, donde nada se trató en contra del Gobierno, sino de festejar el nombramiento del General Espinel para Ministro de Guerra. Agrega que habló con el General Espinel, a quien manifestó su deseo de una entrevista con el Presidente de la República para explicarle sus actitudes y demostrarle que estaba en el ejército para servir al Gobierno legítimo, pero le dijo que no era necesario hacerlo y en tal ocasión hablaron de lo ocurrido en la reunión habida en casa del Coronel Velosa Peña. Agrega que tenía conocimiento de que el señor Ruiz, Jefe de la Seguridad, estaba al tanto de las reuniones en mención y supuso por esto, que se trataba de algo que era público y notorio.

En la diligencia de careo practicada entre el Capitán Leiva Suárez y el Capitán Carlos Gómez Jurado, aparece que éste le hizo al primero en una declaración, que no aparece en este expediente, el cargo de que en una de las reuniones, el primero manifestó que él respondía de la División de Policía que comandaba y que hablaría con otros Oficiales comandantes de División. Ante este cargo Leiva Suárez dice que pudieron ser interpretadas así sus palabras cuando contestaba al Mayor Figueroa sobre un tema distinto y cuando los presentes estaban pendientes de hechos que habían considerado y que él ignoraba, y ante esa explicación, Gómez Jurado dice que las palabras que figuran en su declaración no son palabras textuales de Leiva Suárez, sino la relación de la forma como él interpretó lo que éste dijo.

Se trata, por lo tanto, de un cargo muy vago, acerca del cual ni el mismo declarante tiene seguridad sobre las palabras que pronunciara en esa ocasión el Capitán Leiva Suárez, ni sobre el contenido de las manifestaciones de éste.

Se ve pues, que las imputaciones que se hacen al mencionado Capitán Leiva Suárez, no tienen ninguna comprobación. Son afirmaciones excesivamente imprecisas, carentes de prueba en los elementos de juicio recogidos en este expediente y completamente desconectadas con los hechos que motivaron la formación de este proceso. Es decir, que no está acreditado que dicho oficial por las actuaciones que se le atribuyen, hubiera tenido

participación en el delito de rebelión que dio origen a su juzgamiento.

Comentando esta situación jurídica de los procesados dentro del expediente, dice el Procurador General de la Nación:

"... Pero como ya se expresó en vista reciente, no aparece en forma alguna demostrada la relación de causalidad entre las mentadas reuniones y el alzamiento en armas del 10 de julio. Es, pues, absolutamente desprovista de fundamento la rotunda afirmación de la sentencia de primer grado, corroborada no menos enfáticamente en la de segundo, de que "aparece claramente comprobado" que la rebelión que tuvo lugar en la ciudad de Pasto fue promovida por las reuniones militares a que se ha hecho referencia.

"En el caso de autos, la falta de prueba de tal relación es incuestionable. Brilla por su ausencia.

"Pero es más. Al folio 23 del cuaderno principal se lee en la sentencia de la Brigada de Institutos Militares:

"Las pruebas de estos hechos (la asistencia a las reuniones) las suministran las declaraciones del Capitán Guillermo Ramírez, del Mayor José Figueroa, del Teniente Ricardo Rosero, del Mayor Jorge A. Tarazona y del Capitán Luis Luzardo, entre otras..."

"Con excepción de la declaración del Capitán Luzardo (folio 11) las demás citadas por la sentencia, no existen en el informativo. Como tales declaraciones debieron producirse en otros Consejos de Guerra, puesto que es un imposible moral el que por parte del General Comandante de la Brigada se hubiesen inventado, surge con toda nitidez la tesis sostenida por el recurrente de que a sus poderdantes se les juzgó "de memoria".

"Es evidente para el suscrito Procurador que aún con la comprobación de que entre las juntas militares llevadas a cabo en los primeros meses de 1944 y la rebelión de Pasto hubiera existido una relación de causa a efecto, los militares que sólo concurrieron a las primeras, no estarían sujetos a la penalidad como autores, ni aún como cómplices, del delito de rebelión, porque dentro del *iter criminis*, las tales reuniones apenas habrían sido actos preparatorios, que habrían podido configurar un delito militar diferente de la rebelión, pero en ningún caso podrían ser considerados ni siquiera como tentativa de este delito.

"La convicción que tengo de la ninguna relación entre los dos hechos analizados, se relieves con una declaración que existe en este proceso —la

del Capitán Luzardo— que es para mí de singular importancia.

"Al folio 9° vto. aparece la siguiente manifestación del citado oficial:

"De esto (de la reunión en casa del Mayor Gómez Jaramillo) **informé al día siguiente al señor Presidente de la República** y no lo hice esa misma noche porque a pesar de haber ido a Palacio con el Mayor Tarazona encontramos que Su Excelencia estaba ya acostado". (He subrayado).

"Cómo es, pues, posible sostener que esas reuniones, de que el Presidente se hallaba informado tuvieran relación con el levantamiento de Pasto? ¿Cómo puede suponerse que a pesar de conocer los orígenes del movimiento, el Gobierno no hubiese puesto los medios adecuados para su fracaso? ¿Es presumible que en tales condiciones el Presidente hubiese viajado a Pasto para hacer más expedito el camino a los revoltosos?

"Estos interrogantes me parecen la clave para sostener que las tantas veces citadas reuniones y los no menos nombrados sucesos de Pasto son episodios aislados, que sólo tuvieron una relación personal en los militares que habían asistido a las reuniones y se levantaron luego en armas.

"Sintetizo mi concepto en la siguiente forma:

"I. — Del expediente sólo aparece comprobado que los procesados Gómez Jurado y Leiva Suárez asistieron a unas reuniones de militares.

"II. — No existe prueba alguna de la relación que pueda haber entre tales reuniones y los sucesos de Pasto.

"III. — Aún en el supuesto de que la prueba de tal reunión existiera, a las personas que sólo concurrieron a las reuniones no se les podría condenar por el delito de rebelión, ya que sólo habrían intervenido en actos meramente preparatorios. Podrían haber incurrido en delito diferente, para juzgar el cual no fue convocado el Consejo de Guerra".

Las conclusiones deducidas por el señor Procurador General de la Nación, en relación con la situación jurídica de los procesados, las acoge la Sala, pues ellas son el fiel reflejo de las comprobaciones recogidas en este expediente. Estas comprobaciones, según se deja establecido, no demuestran que por la circunstancia de haber asistido el Mayor Gómez Jurado y el Capitán Leiva Suárez a unas reuniones de militares verificadas en esta ciudad de Bogotá, meses antes de la ejecución del golpe subversivo de Pasto, sean responsables de la comisión de este hecho. Si se hubiera acreditado la relación existente entre esas

reuniones y el nombrado hecho subversivo, muy otra sería la situación de aquellos oficiales dentro del proceso, pero no existiendo esa comprobación y siendo además, un hecho cierto y no discutible dentro del expediente, que no participaron en forma alguna en el levantamiento militar en referencia, sino que por el contrario, su conducta en tal emergencia se ajustó al cumplimiento estricto de sus deberes militares, lógicamente hay que concluir que el expediente no arroja base probatoria alguna para imputarles el delito de rebelión por el cual se les condenó.

Además de lo anterior, si es que se juzgó a aquellos militares, por actos preparatorios dirigidos a dar vida al delito de rebelión mencionado, tampoco podría decirse que el fallo dictado en su contra tenga asidero en la realidad procesal, porque se les habría sentenciado por un delito distinto de aquel para el cual se convocó el Consejo de Guerra Verbal, estando por consiguiente ausentes de la investigación los elementos integrantes de la figura jurídica que realmente hubiera podido cometerse.

Las anteriores consideraciones y las que hace la Procuraduría, llevan a la conclusión de que los motivos alegados por el actor con base en la causal segunda, por errada interpretación de los hechos y por no haberse tomado en cuenta determinadas pruebas del proceso, a pesar de estar acreditadas, tienen asidero en los autos y la causal alegada debe prosperar.

Como la causal segunda, según se ha afirmado, debe prosperar por las razones alegadas por el demandante, de conformidad con el numeral a) del artículo 100 de la ley 3ª de 1945, debe invalidarse el fallo condenatorio y dictar el que deba reemplazarlo, absolviendo a los procesados de los cargos por los cuales se les juzgó y sentenció en este negocio, no siendo el caso de estudiar las causales primera y cuarta de casación, igualmente invocadas en la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia de fecha trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, proferida por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, por la cual se condenó al Mayor Luis Gómez Jurado y al Capitán Hernando Leiva Suárez como responsables del delito de rebelión, y en su lugar, ABSUELVE a estos militares de los cargos porque se les juzgó y sentenció en este proceso.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta al Ministerio de Guerra y devuélvase el expediente.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello, Secretario.

IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION EN LOS JUICIOS POR JURADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de fecha diez y seis de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, condenó a Rafael Rincón Parra, a la pena principal de quince años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de su legítima esposa Isolina Mesa.

Contra dicho fallo, el procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, concedido el cual por el Tribunal y surtida en la Corte la tramitación correspondiente, es llegado el momento de decidir.

Se alega como causal, la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma".

Hechos y actuación procesal

El 24 de diciembre de 1947, Rafael Rincón Parra y María Isolina Mesa Salcedo, cónyuges entre sí, se dirigieron al centro de la población de Corrales, con el fin de tomar parte en las festividades de Navidad y Pascuas que allí se celebraban, en las cuales Isolina tenía interés como alférez. En la población los esposos concurrieron a las diversiones populares y se dedicaron a ingerir bebidas embriagantes. Mientras Rafael se dedicaba a inspeccionar las "vacas de candelá", Isolina se ausentó del lugar donde aquél la dejó en compañía de Juan Mesa, hermano de ésta y al buscarla tuvo noticia de que estaba tomando con Martín Rodríguez, en un establecimiento de fermentadas, de donde los esposos siguieron hacia la plaza, habiendo desaparecido nuevamente Isolina, a quien luego de buscar diligentemente encontró, en compañía de su hija Isolina Rincón, en una de las piezas de la casa de Marcelino Salcedo, y como se negara a salir, Rafael se dedicó a tomar

bebidas embriagantes hasta la madrugada. Al siguiente día 25 de diciembre como a las nueve de la mañana, los cónyuges citados fueron vistos por varias personas en el potrero de Marcelino Salcedo, situado en el punto de "Piedra Gorda", vereda de Didamón, jurisdicción del Municipio de Corrales, donde Rafael Rincón Parra perseguía y maltrataba a su esposa, hasta el extremo de atacarla con cuchillo, causándole heridas que le produjeron la muerte al día siguiente.

El Juzgado 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo, llamó a responder en juicio a Rincón Parra por homicidio en la persona de su esposa Isolina Mesa, determinación que fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad.

Proferida sentencia de primera instancia, le fue impuesta a Rincón Parra la pena principal de quince años de presidio como responsable de la muerte de su legítima esposa, sentencia que igualmente fue confirmada por el superior respectivo.

Causal 2ª de casación

Hace referencia la demanda a algunas declaraciones que obran en el proceso y de las cuales concluye como hecho evidentemente cierto que la finada Isolina fue encontrada por su esposo en el potrero de "Piedra Gorda", acompañada de otro hombre. Que como esas pruebas fueron evacuadas durante el término probatorio y no quedaron desvirtuadas en forma alguna, era de imperiosa necesidad para el juzgador tenerlas en cuenta al tiempo de aplicar la ley penal, y al no hacerlo, la sentencia es violatoria del artículo 382 del Código Penal y por eso la acusa.

Se considera:

En los juicios por jurado, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto, y en esa virtud, el cargo no puede prosperar.

En el caso presente al Jurado de conciencia se le interrogó sobre la responsabilidad de Rafael Rincón Parra como autor del homicidio simplemente intencional de Isolina Mesa, su legítima esposa, lo que por virtud del vínculo que unía al agresor con la víctima, determina la circunstancia constitutiva de asesinato, de acuerdo con lo

prescrito por el inciso 1° del artículo 363 del Código Penal, y el Jurado respondió simplemente "Sí", por unanimidad.

El análisis de los testimonios a que la demanda se refiere, implicaría un examen del veredicto y la consiguiente declaratoria de contraevidencia, dado el caso de que fueran aquéllos admisibles, lo que es propio de los juzgadores de instancia, y no de la Corte en el recurso extraordinario de casación. (Artículos 537, 554 y 567 del C. de P. P.).

En cuanto a la atenuante privilegiada prevista en el artículo 382 del Código Penal, a que también hace referencia la demanda, el asunto fue debatido en forma muy amplia en la audiencia pública. El Agente del Ministerio Público rebatió esa tesis, a tiempo que la defensa la sustentó ahincadamente, sin provecho alguno para el procesado.

En efecto, el representante de la sociedad manifestó al Jurado que el caso debatido revestía máxima gravedad por las circunstancias en que fue consumado. Rechaza el relato del reo, en cuanto éste trata de hacer aparecer a su esposa como mujer infiel y depravada, pues las pruebas del proceso demuestran que tal afirmación es calumniosa, poniendo de relieve que esta póstuma acusación apenas tiene el carácter de una simple farsa para esquivar la responsabilidad. Advirtió a los jurados que por tener conocimiento personal del lugar de los acontecimientos estaba en condiciones, en cumplimiento de su deber, de establecer que Isolina no estaba cometiendo el acto carnal con Martín Rodríguez. Adujo prueba de que este individuo no se encontraba por allí ese día y termina diciendo que la afirmación del procesado sobre la conducta moral de su esposa es apenas una invención suya. El hecho concreto, que los autos pregonan, es de que el procesado y su esposa llegaron a un mismo tiempo al potrero lugar de la tragedia, de donde surge concluyente la demostración de que no es cierto que Isolina fuera sorprendida por su esposo en acto carnal con otro hombre. Por tanto, resulta contradictorio lo expuesto por el procesado en sus indagatorias y lo manifestado por él durante la audiencia pública, no siendo su acto por lo mismo, el producto de un estado pasional ni tampoco debido a una grave e injusta provocación determinante de ira o intenso dolor, ni mucho menos legítima defensa del honor. Concluye el Ministerio Público sustentando la tesis de que el delito cometido por Rincón Parra tiene todas las características de un asesinato común y por ello la respuesta al cuestionario no puede ser sino una afirmación rotunda de su responsabilidad.

La defensa por su parte, rechazó la gravedad del caso con las circunstancias de asesinato sostenida por el señor Fiscal. Afirma ser cierto lo dicho por el procesado, basándose para ello en que el 25 de diciembre, día de los hechos, los esposos estaban en buenas relaciones, ya que fueron al pueblo a pasar la nochebuena, pero aconteció que Rincón Parra dejó a su esposa en la plaza, ordenándole que lo esperara allí; como así no lo hizo y ésta se fue para una chichería a tomar y bailar con otros individuos, causó con ello grave ofensa a su marido. Insistió en demostrar que la infidelidad de Isolina resulta probada, como surge de la afirmación de uno de los testigos, al decir que aquélla estaba conversando al pie de la "Piedra Gorda" con otro individuo, lo que indica que allí se encontraban tres sujetos, o sea la mujer, el procesado y otro, que dice ser Martín Rodríguez. Por lo tanto, es cierta la afirmación del reo en el sentido de que sorprendió a su esposa en ilegítimo acceso carnal con otro hombre, lo que debe atemperar su responsabilidad conforme a la ley.

Las tesis planteadas y sostenidas en la audiencia, fueron tenidas en cuenta por el Jurado, el cual dentro de su íntima convicción, aceptó la situación jurídica planteada en el auto de proceder y reforzada por el señor Fiscal del Juzgado en la vista pública. Desconocer ese fallo de conciencia como lo pretende el actor, sería precisamente poner la sentencia demandada en desacuerdo con el veredicto, que es uno de los motivos de casación conforme a la causal tercera, lo que no fue alegado.

El señor Procurador acorde con las consideraciones que preceden, solicita no se case la sentencia recurrida.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él, NO CASA la sentencia de fecha diez y seis de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, que condenó a Rafael Rincón Parra a la pena principal de quince años de presidio como responsable del delito de homicidio en la persona de su legítima esposa Isolina Mesa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vázquez.
Julio E. Argüello, Secretario.

CUANDO LA OPINION ES CAUSAL DE IMPEDIMENTO O DE RECUSACION

En repetidas ocasiones, la Corte ha sostenido que la causal de impedimento contenida en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, comprende a los funcionarios de la rama jurisdiccional que en providencia de fondo emiten su opinión o concepto sobre lo sustancial del proceso, y que posteriormente, como funcionarios de superior jerarquía y en segunda instancia, tienen que revisar el negocio. De tal suerte que constituye causal de impedimento o recusación en un Magistrado de Tribunal Superior, la circunstancia de haber dictado como Juez el auto de proceder contra un procesado cuya sentencia condenatoria o absolutoria va a revisar, porque se estima que aquella providencia es una opinión sobre el asunto materia del proceso, que influye definitivamente en su solución y, principalmente, porque esta doctrina, tiene su mayor confirmación en la institución jurídica del grado o de la instancia, fundada en el principio de que el examen del acto impugnado mediante un recurso, debe atribuirse por la ley a órganos integrados por personas distintas y de superior jerarquía a aquella decisión en el grado o instancia primitiva; pues la institución de las instancias en el derecho procesal, requiere la diversidad de personal que haya de intervenir en los juicios.

Consecuencia de lo anterior es, además, que el hecho de que un Magistrado de un Tribunal haya tomado parte en la providencia que confirmó el auto de proceder de primera instancia, no está impedido, por haber emitido opinión, para revisar la sentencia de primer grado, aunque él haya estado en desacuerdo con la confirmación del enjuiciamiento y haya salvado su voto al auto respectivo, pues si así no fuera, el Juez que dicta un enjuiciamiento no podría dictar la correspondiente sentencia de primera instancia, ni los Magistrados que confirman una providencia de tal naturaleza podrían conocer —en segunda instancia— de la sentencia que se dicte posteriormente por el Juez del conocimiento.

Penal. — Bogotá, abril veintidós de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El señor Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctor Augusto Esparza G., se declara impedido para conocer del presente negocio y como no fuera aceptado el impedimento por el resto de la Sala, el proceso se remite a la Corte para que resuelva sobre el incidente suscitado.

Impedimento

En auto de ocho de marzo, el doctor Augusto Esparza, dice:

“Mi opinión personal sobre este asunto aparece consignada ampliamente en el salvamento de voto de fecha julio nueve del año próximo pasado. Estimo en consecuencia, estar en el deber de declararme impedido para formular la ponencia y al efecto invoco la causal cuarta de las previstas en el artículo 73 del C. de P. P.”.

El salvamento de voto a que se refiere la declaración de impedimento que antecede, tuvo lugar cuando el Tribunal conoció y resolvió en segunda instancia de la apelación del auto de llamamiento a juicio contra algunos procesados y consulta del sobreseimiento definitivo a favor de otros. El Tribunal, en providencia de nueve de julio de 1951, confirmó el auto apelado y consultado, salvando su voto el Magistrado doctor Esparza. Ahora ha vuelto el negocio al Tribunal para que surta la consulta de la sentencia de primer grado, dictada por el Juzgado Segundo Superior de Pasto en este proceso, considerándose impedido el Magistrado doctor Esparza por haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso en su salvamento de voto con respecto al auto confirmatorio del de proceder, como ya se dijo.

Decisión del Tribunal

Los Magistrados restantes de la Sala de Decisión de que forma parte el doctor Augusto Espar-

za —por haberse declarado impedido el Magistrado doctor Guillermo Zarama— en providencia de veinticinco de marzo último, declararon infundado el impedimento manifestado por Esparza, fundándose en lo siguiente:

“El fundamento para declararse impedido el H. Magistrado doctor Esparza G., consiste en haber salvado su voto cuando se conoció de la apelación del auto de llamamiento a juicio, y que por consiguiente ya ha emitido concepto sobre el fondo del proceso. Que por esta razón se ve impedido para formular la ponencia, ya que ha sido recusado el H. Magistrado doctor Guillermo Zarama V.

“El impedimento a que hace referencia el doctor Esparza G., de haber emitido opinión en el proceso, y que está contemplado en el artículo 73, numeral 4º del C. de P. P., sólo puede llegar a tener existencia cuando un Magistrado ha intervenido en una instancia inferior, dictando una providencia que trate sobre el fondo del asunto, y que después le corresponda conocer en una instancia superior. El haber formado parte de la Sala de Decisión en un proceso y emitido concepto, no lo inhibe de conocer cuando el mismo proceso vuelve al Tribunal y le toca formar parte de nueva Sala de Decisión. Con este criterio nunca podría un Magistrado que ha intervenido en el conocimiento de una apelación de la naturaleza de la dicha, conocer de la apelación de la sentencia en el mismo proceso, lo que sería entorpecer la administración de justicia. Además, no sólo el ponente es quien emite concepto al fallar en Sala de Decisión, sino también los otros dos Magistrados que la integran, y en tal caso todos estarían ante el mismo impedimento, lo que casi haría nugatorio el ejercicio de las funciones encargadas a un Magistrado sobre conocimiento de los procesos”.

Se considera

En repetidas ocasiones ha sostenido esta Sala de la Corte que la causal de impedimento contenida en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, comprende a los funcionarios de la rama jurisdiccional que en providencia de fondo, emiten su opinión o concepto sobre lo sustancial del proceso, y que —posteriormente— como funcionarios de superior jerarquía y en segunda instancia, tienen que revisar el negocio. De tal suerte que, constituye causal de impedimento o recusación, en un Magistrado del Tribunal Superior, la circunstancia de haber dictado

como Juez el auto de proceder contra un procesado cuya sentencia condenatoria o absolutoria va a revisar, porque se estima que aquella providencia es una opinión sobre el asunto materia del proceso que influye decisivamente en su solución y, principalmente, porque esta doctrina tiene su mayor confirmación en la institución jurídica del grado o de la instancia, fundada en el principio de que el examen del acto impugnado mediante un recurso debe atribuirse por la ley a órganos integrados por personas distintas y de jerarquía superior a aquella decisión en el grado o instancia primitiva; pues, la institución de las instancias en el derecho procesal requiere la diversidad de personal que haya de intervenir en los juicios.

En el caso a estudio claramente se observa que al doctor Esparza sólo le tocó actuar en este proceso como Magistrado de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Pasto al revisar en segunda instancia el auto de proceder dictado por el Juzgado Superior de la misma ciudad. Esta actuación no lo inhabilita para actuar ahora en el conocimiento de la sentencia dictada en primera instancia, pues actúa en la misma jerarquía —como fallador de segundo grado— en que actuó al revisar el auto de llamamiento a juicio. El hecho de que hubiera salvado su voto en aquella ocasión no es razón para que moral o legalmente se encuentre impedido “por haber emitido su opinión sobre lo sustancial del proceso”, pues, si así fuera, el Juez que dicta un enjuiciamiento no podría dictar la correspondiente sentencia de primera instancia, ni los Magistrados que confirman una providencia de tal naturaleza podrían conocer —en segunda instancia— de la sentencia que se dicte posteriormente por el Juez del conocimiento.

Lo anterior indica que el impedimento formulado por el Magistrado doctor Esparza no tiene ningún fundamento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara NO PROBADO el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Augusto Esparza G., para conocer del negocio seguido contra Adán López, Pedro Mora, Ramón Lagos y otros, por el delito de homicidio de que trata este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Brunc—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

LAS DISPOSICIONES DEL NUEVO CODIGO PENAL FUERON APLICABLES EN MATERIA MILITAR DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 84 DE 1931

Derogado el Código Penal de 1890, las disposiciones de este estatuto a que hacía referencia la ley 84 de 1931 (Código de Justicia Penal Militar), fueron sustituidas por las normas respectivas del Código Penal de 1936, por expreso mandato de dicha ley, que previó la aplicabilidad a la justicia militar de las leyes que en el futuro reformaran, adicionaran o sustituyeran al Código Penal entonces vigente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril veintidós de mil novecientos cincuenta y dos.

(Máximo ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Comando de la Brigada de Institutos Militares por sentencia de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, condenó a los Tenientes Francisco Lizarazo y Héctor Caviedes como responsables del delito de rebelión, a la pena de cuatro años y medio de reclusión militar y dos años de la misma pena, respectivamente.

El apoderado de los sentenciados, debidamente autorizado por éstos, interpone el recurso de casación contra dicho fallo, e invoca en su demanda las causales primera y cuarta.

Hechos. — Estos aparecen relatados en la sentencia recurrida en los siguientes términos:

"Como consecuencia de un largo proceso de preparación intelectual, estalló en la ciudad de Pasto un movimiento subversivo contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, en la madrugada del día diez de julio del año en curso. En esas actividades delictuosas participó un gran número de militares, de los cuales algunos ya están condenados y otros se hallan pendientes para ser sometidos a Consejos de Guerra.

"El Teniente Francisco Lizarazo actuaba en maniobras en Pasto en el día de la rebelión, y tomó parte muy activa en ella desde los primeros momentos del suceso. Consta en el expediente,

de manera plena, que dicho militar pertenecía al Batallón "Boyacá" y desempeñaba el puesto de Oficial de Servicio en la madrugada del día diez de julio; estando en ejercicio de su cargo se presentó ante él el Teniente Lizardo Pérez Chaves al frente de una compañía del Batallón "Hernández", con el propósito de tomarse el cuartel, cuyas fuerzas aparecían leales al Gobierno. Lizarazo no tuvo inconveniente alguno en ponerse inmediatamente a las órdenes del Teniente Pérez Ch. y en colaborar con él en tal empresa delictuosa, procediendo a la detención de algunos militares de la unidad del "Boyacá". Luego salió con tropas y apresó también a algunos civiles y cuando observó que el señor Julio Abril daba vivas al doctor Alfonso López, disparó sobre él su pistola, sin hacerle blanco. Lizarazo además, ordenó entregar la munición de la guardia del Batallón "Boyacá" y la de una compañía de éste, a las tropas revoltosas del Batallón "Hernández", privando así a la unidad de unos tres mil cartuchos. Igualmente ejecutó otros actos de importancia en asocio de los rebeldes.

"La culpabilidad del Teniente Héctor Caviedes se desprende de que él, oficial del Batallón "Boyacá", colaboró también eficazmente en la entrega y sometimiento de su unidad a las fuerzas subversivas del Batallón "Hernández", mediante la detención de algunos oficiales. Confesó en su indagatoria que había adherido espontáneamente a la rebelión y que contribuyó a su desarrollo y propaganda, leyendo a la tropa las proclamas del Coronel Gil, y fijándolas en los muros del cuartel. También ordenó sacar munición del "Boyacá" y armar la tropa con cartuchos de guerra..."

Como consecuencia de los hechos ocurridos en la ciudad de Pasto, donde fue apresado por los revoltosos el Presidente de la República, el Primer Designado se encargó de la Presidencia y dictó el Decreto número 1632 de 10 de julio de 1944, declarando turbado el orden público en todo el territorio de la Nación. Posteriormente, por Decreto 1640 radicó en el Comando de la Brigada de Institutos Militares, el conocimiento de los delitos contra el Régimen Constitucional y la Seguridad interior del Estado, cometidos en el terri-

torio nacional con ocasión de tales hechos y los que estuvieren conexiónados con ellos y perpetrados desde el día nueve de julio o anteriores, ordenando que por el Comandante de dicha Brigada se dispusiera la convocatoria del Consejo o Consejos de Guerra Verbales que estimara necesarios para que dichos delitos fueran sancionados por el procedimiento establecido en el Capítulo VII, Título Único, del Libro Segundo de la ley 84 de 1931 de Justicia Militar.

Fue con base en tales Decretos que la Brigada de Institutos Militares, dispuso convocar Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los Tenientes Francisco Lizarazo, Héctor Caviedes y otros, por el delito de rebelión militar, en providencia que tiene fecha veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro.

El Consejo de Guerra Verbal dio término a sus labores con la sentencia fechada el veinticinco de agosto del año antes citado, condenando a los mencionados Oficiales a la pena principal de cuatro años y medio de reclusión militar, al primero, y al segundo, a la de dos años de la misma sanción, fuera de las penas accesorias consagradas por la ley.

La sentencia de que antes se habla, fue confirmada por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, por medio del fallo mencionado al comienzo de esta providencia.

Causal primera.—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

El actor funda esta causal en los siguientes motivos:

a) Que la sentencia recurrida viola los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento Penal, porque los procesados fueron sentenciados por hechos que en la época de proferirse el fallo no estaban contemplados como delitos; y

b) Que la misma sentencia, viola el artículo 139 del Código Penal actualmente vigente, por indebida aplicación, por cuanto a que éste fue expedido en 1938 y en tal virtud no podía referirse a él, el Código Penal Militar.

En relación con el primero de los motivos, sostiene que el artículo 26 de la Constitución Nacional consagra las garantías individuales en cuanto exige la legalidad del delito y la de la pena; que el Código Penal en vigencia comenzó a regir el primero de julio de 1938 y en su artículo 432 dice expresamente: "Derógase el Código Penal y todas

las disposiciones que sean contrarias a la presente ley", de lo cual se desprende que el Código Penal de 1890 desapareció en su integridad el nombrado primero de julio de 1938 y como la sentencia demandada se fundamenta en ese Código inexistente, puesto que impone una pena por un hecho que contemplan los artículos 169 y 170 de esa legislación extinguida, de esto resulta, que se incurrió en el error de sancionar actos que en ese momento no estaban previstos como delitos e igualmente en la equivocación de aplicar penas que no estaban vigentes al proferirse la condena. Y además, que no es posible sostener que el fallo se basa en el artículo 157 de la ley 84 de 1931, porque este precepto por consecuencia de la derogatoria del Código de 1890 quedó en el aire, al desaparecer los artículos 169 y 170 que hacían parte substancial de él. Y agrega:

"Reconozco que el legislador fue poco diligente cuando realizó la reforma penal y olvidó acoplarla con el Código Penal Militar, que debía seguir rigiendo. Pero este pecado legislativo no tiene por qué perjudicar a los militares que fueron procesados ni es motivo suficiente ni argumento jurídico para que se pueda desconocer el mandato de la Constitución reiteradamente expresado en los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento".

En cuanto al segundo de los motivos alegados, dice el demandante que no alcanza a adivinar con criterio jurídico, porqué los militares que como jueces de derecho profirieron la sentencia, mencionan y aplican el artículo 139 de la Ley 95 de 1936, pues si la insurrección militar que se investigó y juzgó era la contemplada en el Código Militar de 1931 y más concretamente, en el artículo 157 de ese estatuto, de dónde sale la referencia a una ley que no había sido expedida ni condenar a un ciudadano con base en una ley de 1931 y al mismo tiempo, sustentar esa decisión en un estatuto que no podía ni siquiera ser intuido.

Más adelante dice:

"La cuestión es muy clara: o se acepta el Código Penal Militar en su integridad y por lo mismo, en cuanto al caso concreto, los artículos atinentes a la rebelión contemplados en ese Código y en el de 1890, o se acepta la aplicación de la Ley 95 de 1936.

"Lo primero no era posible a consecuencia de la derogatoria de que se habla, y lo segundo era también inaceptable porque el Código Penal Militar estaba vigente y la Ley 96 de 1936 (sic) no formaba parte de ese mismo Código Militar".

"....."

"Pero se dirá entonces, ¿qué camino adopta el Juez ante estas dos imposibilidades? ¿Qué podían hacer los señores falladores si estaban impedidos para aplicar el artículo 157 del Código Militar con sus preceptos integrantes del Código común de 1890, y ante la otra imposibilidad de aplicar la ley 95 de 1936? Y la respuesta es muy sencilla, aunque a primera vista cause repugnancia:

"La solución jurídica, puesto que estamos hablando de cuestiones de derecho, era la de declarar que por un olvido legislativo el hecho se había quedado impune al entrar en vigencia la reforma penal, y en consecuencia la decisión era la de absolver, cosa que sucede en multitud de casos en que se confronta una situación similar".

Concepto del Procurador General de la Nación

Este funcionario, manifiesta que los puntos alegados en la demanda, han sido estudiados por esta Sala en los recursos del Mayor José J. Guzmán y otros y del Coronel Eurípides Martínez y otros y se ha estimado con razón, que los cargos alegados no pueden prosperar, porque no es exacto que el 10 de julio de 1944 no estuviese en Colombia reprimido por la ley el delito de rebelión cometido por militares, como en juiciosos y meditados estudios quedó demostrado en las sentencias citadas; y porque, no hubo indebida aplicación del artículo 139 del Código Penal, puesto que su aplicación estaba prevista por el artículo 121 de la Ley 84, de 1931.

Se considera:

En las sentencias a que alude la Procuraduría y en la que se dictó con fecha siete de marzo pasado, en el proceso seguido contra el Teniente Coronel Juan A. Sarmiento y otros, dice la Corte:

"Ya se ha visto, que el actor ataca la sentencia recurrida, en lo atinente a la causal primera, con base en dos motivos principales:

"1° Haber sido condenados los procesados, por un hecho no contemplado como delito por las leyes que regían cuando se dictó el fallo, de lo cual resultó la violación de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1° del Código Penal y 5° del Código de Procedimiento Penal; y

"2° Ser esa sentencia violatoria del artículo 139 del Código Penal actual, por indebida aplicación de este artículo, pues el estatuto penal en vigencia entró a regir en 1938 y a él no podía referirse

el Código de Justicia Penal Militar (Ley 84 de 1931).

"Por consiguiente la existencia o inexistencia de la causal primera de casación alegada, depende de la situación en que se encontraban las normas penales que regían en la fecha en que se realizaron los hechos que dieron origen al proceso.

"La Ley 84 de 1931 (Código de Justicia Penal Militar), establecía sanciones para el delito de rebelión militar y el precepto estaba concebido en los siguientes términos:

"Artículo 157.—Los militares de cualquier grado, colombianos o extranjeros, al servicio del ejército, que cometieren alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal, serán castigados con la pena de seis a doce años de reclusión militar.

"Esta pena se graduará en la proporción que determina el artículo 170 del Código Penal".

"Las citas que hace la disposición transcrita, se refieren al Código de 1890, que era el estatuto que regía cuando se dictó la ley de justicia penal militar. Tales artículos decían:

"Artículo 169.—Cometen el delito de rebelión:

1° Los que se levanten en armas contra el Gobierno, sea simplemente para derrocarlo, sea para cambiar la Constitución por las vías de hecho; y
2° Los que se levanten con el fin de confundir en una persona o cuerpo los poderes públicos que deben ser separados; o hacer que se ejerzan por personas o corporaciones distintas de las designadas al efecto, o de impulsar por vía de hecho, la reunión del Congreso o la de alguna de sus Cámaras; o para disolverlo después de reunido; o en fin, para cambiar substancialmente la organización general del país.

"Artículo 170.—Los que promuevan, encabezen o dirijan una rebelión, sufrirán de ocho a diez años de presidio. Los que simplemente tomen parte en ella, como empleados con mando o jurisdicción militar, política o judicial, sufrirán de seis a ocho años de presidio. Los demás individuos comprendidos en la rebelión de cuatro a seis años de presidio. Todos ellos pagarán, además, una multa de la décima a la quinta parte del valor libre de sus bienes".

"El contexto de los artículos transcritos, permite afirmar que en tratándose del delito de rebelión, el Código Penal de 1890 contemplaba en el 169 hechos constitutivos de esa infracción y en el 170 las sanciones imponibles, en cantidad y calidad, de acuerdo con la situación jurídica de los agentes del delito, o mejor, en la primera de las

disposiciones nombradas se consagraba el precepto y en la segunda, la sanción.

"El Código de 1890 dejó de tener vigencia el primero de julio de 1938, fecha en que entró a regir el nuevo estatuto penal, o sea la ley 95 de 1936, que en su artículo 432 dice:

"Derógase el Código Penal y todas las disposiciones contrarias a la presente ley".

"Es, por tanto, un hecho que no admite discusión, que el Código Penal de 1890 dejó de regir el citado primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, pero esto no quiere decir que se acepte la tesis del demandante, de que como consecuencia de la derogatoria de esa ley, hubieran quedado sin valor los artículos de la ley de justicia militar que a ella hacían referencia.

"El artículo 157 de la Ley 84 de 1931, como lo sostiene la Procuraduría, era una disposición de las llamadas incompletas por los tratadistas, lo que no implicaba que fuera una norma penal incompleta. Ocurre con esta clase de disposiciones penales, que ellas no contienen en su estructura el precepto y al mismo tiempo la sanción, sino que estos dos elementos integrantes de la norma penal están contemplados en varios artículos o preceptos, cuyo conjunto forma un todo completo o perfecto. A esta clase de normas penales pertenecía aquel artículo, porque sus dos elementos integrantes, precepto y sanción, estaban fragmentados en dos disposiciones incluídas en leyes penales distintas, que reunidas y concordadas constituían una sola norma compuesta de precepto y sanción.

"Derogado el Código de 1890, el precitado artículo, estructurado en la forma que se deja expuesta, no habría sufrido modificación alguna, puesto que la Ley 84 de 1931 desde el momento de entrar en vigencia, incorporó e hizo suyos los artículos 169 y 170 de aquel estatuto, en cuanto definían el delito de rebelión y graduaban las sanciones.

"Por consiguiente, las argumentaciones del actor sobre la inexistencia del hecho delictuoso por ausencia de los requisitos de legalidad del delito y de legalidad de la pena, no serían valederas, porque se repite, el artículo 157 de la Ley 84 de 1931 había incorporado dentro de él los artículos 169 y 170 del Código derogado y consecuencialmente, al desaparecer este estatuto, aquella norma no había sido modificada, pues la derogatoria decía relación exclusivamente a ese Código como ley penal común, aplicable a los hechos cometidos por los particulares y prohibidos y san-

cionados por él, pero no comprendió las referencias que a sus disposiciones hubieran hecho las leyes penales especiales.

"El Jefe del Ministerio Público trae una cita de la opinión del expositor italiano Filippo Grisignini, sobre el punto debatido. Este dice:

"Referencias de normas vigentes a normas extinguidas.—El derecho penal está formado por un conjunto de normas contenidas en fuentes diversas: entre unas y otras existen relaciones de referencia, y esto ocurre especialmente entre el Código Penal y las leyes especiales. Ahora bien: en el caso en que se produzcan modificaciones en el Código o en las leyes especiales, deberá entenderse que la referencia se formula respecto a la norma extinguida o a la nueva?

"Si se trata de una referencia que hace el Código a una ley especial, y a ésta ha sucedido otra, no cabe duda que la referencia debe extenderse con respecto a la nueva ley especial. En cambio, es distinto el caso si se trata de una referencia formulada por una ley especial respecto al Código y éste ha sido sustituido por otro Código. A tal propósito es preciso distinguir: si se trata de una referencia expresa y formal al Código abrogado (sardo, toscano, etc.), se debe aplicar éste, porque la ley especial ha continuado en vigor y se refiere expresamente a determinado Código, el cual en consecuencia se presenta como incorporado en la ley especial. Por el contrario, en el caso de que la referencia sea solamente tácita y genérica, debe aplicarse entonces el nuevo Código y esto en armonía con lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal, según el cual las disposiciones del Código también se aplican a las materias reguladas por otras leyes penales..."

"En el caso de autos, dentro de la tesis que se viene exponiendo, la referencia se formula por una ley especial respecto al Código Penal y éste fue sustituido por otro Código. Esa referencia, dada la forma como aparece del contexto del artículo 157 de la Ley 84 de 1931, en el cual se dice: "...que cometiere alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal...", o bien: "...Esta pena se graduará en la proporción que determina el artículo 170 del Código Penal...", debe tenerse como expresa y formal al estatuto derogado y de acuerdo con el concepto de Grisignini, debe este último ser aplicado, porque la ley especial había seguido en vigencia y se refería expresamente a determinado Código, el de 1890, el cual en consecuencia, habría que tener como incorporado en la ley especial de justicia

militar, en cuanto a las disposiciones a que esta ley hacía referencia.

"Se dice en la demanda que el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 dispone que 'una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan...'. Este precepto nada aduce en contra de la tesis expuesta, porque él se refiere a aquellas citas hechas por leyes dictadas con posterioridad a la que deroga una norma, pero no a casos como el presente, en el que la cita o referencia se hizo por una ley anterior a la que derogó la norma referida. Por eso, no se podría decir que se trate de revivir normas, de darles nueva vida, sino de aplicar disposiciones del Código derogado, que habían sido incorporadas dentro de las prohibiciones de la ley penal militar desde antes de la derogatoria de aquel estatuto.

"Las razones precisadas en los apartes anteriores, serían suficientes para rechazar la operancia de la causal primera alegada en la demanda, pero la Sala considera que en el caso que se estudia, después de la derogatoria del Código de 1890, el fenómeno que se produjo al ser derogado este Código, fue el de la sustitución de las aludidas disposiciones por las del nuevo Código Penal que expresamente contemplan el delito de rebelión como susceptible de sanciones penales. Esta es la conclusión que se desprende del texto y contenido del artículo 121 de la Ley 84 de 1931, en el cual se lee:

"Son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en la presente ley".

"Es decir, que el legislador de 1931 previó que el Código Penal de 1890 podía ser complementado, reformado y aún sustituido por otro en el futuro y para estos eventos, estatuyó la aplicación en materia militar de las disposiciones que lo complementarían, reformarían o sustituyeran. Por consiguiente, derogado el Código de 1890 y sustituido por el de 1936, las normas contenidas en este nuevo estatuto en cuanto prohíben la rebelión como hecho punible, sustituyeron a las que contenía aquel Código sobre la misma materia y de ahí, que el artículo 139 del Código Penal actual, que se cita en la sentencia materia del recurso, hubiera sido rectamente aplicado.

"Contra esta tesis se pronuncia el demandante, alegando que el citado artículo 139 en el cual se apoya la sentencia recurrida, se aplicó indebidamente, porque si bien se trata de un hecho semejante al que contemplaba el Código derogado,

dicho artículo no era aplicable, porque en la justicia colombiana y en el campo penal, no caben las semejanzas ni es lícito aplicar las leyes por analogía.

"Es cierto que, dentro de la justicia colombiana y en el campo penal, por regla general se repudiaba la interpretación analógica de la ley y cuando existen lagunas legislativas, éstas no pueden ser llenadas por los jueces, porque éstos sólo tienen la misión de aplicar las normas expresas, ya que lo contrario, sería convertirlos en creadores de preceptos jurídicos y permitirles asumir una actitud de franca rebeldía contra la voluntad del legislador. Pero en el caso de la sentencia que se estudia, no se presenta esta situación, porque no ha habido aplicación de normas penales por semejanza ni por analogía, pues ya se ha visto, que no hay ausencia de disposiciones legales que prohiban el hecho imputado y que establezcan las sanciones correspondientes.

"Por lo tanto, es equivocado afirmar que cuando se cometieron los hechos que originaron el proceso, no había una disposición penal que prohibiera el delito de rebelión y que en la sentencia recurrida, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional y el artículo primero del Código Penal. Tampoco puede hablarse de violación del artículo quinto del Código de Procedimiento Penal, porque aquí no se contempla el problema de la aplicación de la ley permisiva o favorable, de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pues no se está en presencia de dos leyes, una que favorece al procesado y otra que lo perjudica; simplemente se trata de dar aplicación a una disposición que sustituyó a las que existían antes de ser derogado el precitado Código de 1890. Y como el nuevo Código Penal entró en vigencia el primero de julio de 1936, desde esta fecha las disposiciones de aquel Código Penal a que hacía referencia la ley de justicia militar, en cuanto definían el delito de rebelión y graduaban las sanciones aplicables, dejaron de regir, para dar cabida y ocupar su lugar, las del nuevo Código Penal sobre la misma materia.

"Esta es la única interpretación que legal y jurídicamente cabe dar al problema debatido, porque cualquiera otra conduciría a violar el texto expreso y el contenido del artículo 121 de la ley de justicia militar, que estaba vigente en la fecha en que se realizaron los hechos que dieron lugar a la formación de este proceso.

"El comentario que hace el ilustre representante de los procesados, de que el legislador de 1936

fue poco diligente cuando realizó la reforma penal, pues olvidó acoplarla con el C. Penal Militar que debía seguir rigiendo, no se conforma con la realidad. Es verdad que el legislador de 1936 nada estatuyó acerca del problema planteado en la demanda, pero la Sala considera que no existe vacío a este respecto, porque la previsión del legislador de 1931 ya había resuelto lo que debía hacerse en el evento de la sustitución del estatuto penal común que entonces regía, en el artículo 121 tantas veces citado, determinando en forma expresa las disposiciones penales de referencia que debían aplicarse en el caso de que ello ocurriera. Y es también por esto, por lo que tampoco se puede criticar con fundamento jurídico, la aplicación en la sentencia recurrida del mentado artículo 139 del Código Penal actual, ni el hecho de la referencia de aquella ley de justicia militar al nuevo Código Penal ni la fundamentación de ese fallo en un estatuto que según el actor no podía ser intuído, pues el nuevo, de acuerdo con lo afirmado antes sí fue 'intuído' por el artículo 121 de la Ley 84 de 1931".

En consecuencia, no hay base legal ni jurídica para que pueda prosperar la causal primera alegada en la demanda.

Causal cuarta.—Cuando la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

El demandante ataca la sentencia de segunda instancia con base en la causal antes enunciada, afirmando que no se juzgó en un solo proceso a todos los militares comprometidos en el delito de rebelión, con base en lo preceptuado por los artículos 52 y 54 del Código de Procedimiento Penal y como consecuencia de la violación de estas normas, la sentencia fue violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, pues cada Consejo de Guerra Verbal de los que se reunieron a juzgar por los delitos de rebelión a los procesados por el golpe militar de Pasto de 1944, carecía de competencia para hacerlo, ya que la Ley 84 de 1931, también establecía como causal de nulidad en el juicio la incompetencia de jurisdicción.

El Procurador General de la Nación, conceptúa que la causal de nulidad alegada es inexistente, toda vez que las normas citadas por el demandante quedaron en suspenso al dictarse el Decreto Extraordinario 1640 de 13 de julio de 1944.

Se considera:

La Sala en la mencionada sentencia de fecha siete de marzo del año en curso, dijo en relación con la causal cuarta, que también se alegó en el proceso a que se refiere ese fallo:

"La Sala está en completo acuerdo con el Representante del Ministerio Público, porque si bien es cierto que, el procedimiento empleado para juzgar a los militares procesados por el golpe de Pasto, se apartó de las reglas procedimentales consagradas por la Ley 84 de 1931, en cuanto a que no se siguió un solo proceso para todos los comprometidos, siendo así, que se trataba de un solo delito, ello se debió a que esas reglas ordinarias de procedimiento fueron suspendidas en su vigencia por el Decreto Ejecutivo ya mencionado, dictado con posterioridad al que declaró turbado el orden público en todo el territorio de la Nación. Y en estas condiciones, las normas aplicables, no eran las ordinarias de procedimiento, sino las dictadas en la emergencia de turbación del orden público.

Por consiguiente, no hubo violación de la ley procedimental en el juzgamiento de los procesados a que este negocio se refiere, siendo el caso de concluir, que la sentencia recurrida no se pronunció en un juicio viciado de nulidad y por lo tanto, la causal cuarta alegada no prospera".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO INVALIDA** la sentencia de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, dictada por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, por la cual se condenó a los Tenientes Francisco Lizarazo y Héctor Caviedes, como responsables del delito de rebelión, a las penas de cuatro años y medio de reclusión militar y a dos años de la misma pena, respectivamente, y a las sanciones accesorias señaladas por la ley.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta al Ministerio de Guerra y devuélvase el expediente.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vázquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

EL RECURRENTE EN CASACION NO SOLO DEBE ALEGAR LAS CAUSALES QUE CONSIDERE PROCEDENTES, SINO QUE, ADEMÁS, DEBE EXPONER LAS RAZONES EN QUE LAS APOYA.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 33 DEL CODIGO PENAL.—EL CONCURSO DE DELITOS NO ES UNA CAUSA DE DISMINUCION DE LA PENA QUE CORRESPONDE A CADA HECHO

1.—Siendo el recurso de casación una entidad puramente técnica, no se puede entrar a examinar la existencia de una causal cuando el demandante no hace alegación alguna sobre ella ni explica en qué consiste la violación cometida en la sentencia sujeta al recurso. Es decir, que el recurrente no debe limitarse a enunciar la causal, sino que debe demostrarla, exponer en forma precisa y clara los fundamentos de ella y las disposiciones violadas por el fallador de instancia, y cuando esto no ocurre, hay carencia de materia para un estudio de casación y la causal alegada no puede prosperar.

2.—La preposición HASTA, significa gramaticalmente “término de lugares, acciones y cantidades”, y si el estatuto represivo dispone en el artículo 33 que la sanción base para el delito más grave puede aumentarse “hasta en otro tanto”, es claro que el término máximo del aumento de sanción, es el doble de la cantidad básica que corresponde a la infracción más grave cometida por el procesado.

3.—El concurso de delitos, como lo anota Impallomeni, no es una causa de disminución de la pena que corresponde a cada hecho delictivo, “sino que es causa de la unificación de los distintos delitos en una responsabilidad única y progresiva, como lo es el daño social que se deriva de las varias infracciones, según el número y la gravedad de ellas, sin que la pena resultante pueda llegar, en ningún caso, a ser igual a la suma de las penas establecidas por la ley para cada ilícito”.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de fecha doce de abril de mil novecientos cincuenta y uno, condenó a Basilio Afanador Jiménez, Leopoldo Afanador Jiménez y Máximo Afanador Jiménez, al primero a sufrir la pena de diez y ocho años de presidio como responsable del delito de homicidio en la persona de Mario Guzmán, y como copartícipe responsable de delitos de homicidio en Víctor Ardila y en Carlos Niño; al segundo, a diez y seis años de presidio, como copartícipe responsable de los delitos de homicidio en Víctor Ardila y en Carlos Niño; y al tercero, a quince años y diez meses de presidio, como copartícipe responsable de los delitos de homicidio en los citados Ardila y Niño.

Contra este fallo interpuso el recurso de casación el defensor de los procesados, doctor Gustavo Serrano Gómez, quien invoca en su demanda las causales primera y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

Consta de autos que, en las horas de la tarde del día veintiocho de marzo del año de mil novecientos cuarenta y ocho, en la casa-tienda de propiedad de Carlos Rodríguez, ubicada en el sitio denominado “La Aurora”, de la comprensión municipal de Lebrija, se encontraron entre otras personas, los hermanos Máximo, Basilio y Leopoldo Afanador, Mario Guzmán, Carlos Niño y Víctor Ardila y se dedicaron a ingerir bebidas alcohólicas. Seguramente, por efectos del alcohol ingerido, entre los sujetos nombrados, surgieron algunas discusiones, sin mayor importancia, pero cuando salió de dicha venta Mario Guzmán, los hermanos Afanador se le fueron detrás gritándole “abajo el partido conservador, abajo los volches, gran hijueputas” y otras expresiones vulgares de la misma especie. Seguidamente Máximo Afanador dio un pescozón a Guzmán y éste le

devolvió el golpe, por lo cual el primero gritó a sus hermanos diciéndoles que si no defendían la sangre de él e inmediatamente Basilio y Leopoldo se enfrentaron al nombrado Mario Guzmán, quien ante la actitud de los Afanador, sacó cuchillo y revólver y agachándose hizo una raya en el suelo, diciendo: "al que pase por esta raya lo mato" o "por encima de esta raya no pasa Máximo". Cuando Guzmán se hallaba todavía agachado, o en el preciso instante en que se levantaba la cabeza, Basilio Afanador le disparó varias veces su revólver, hiriéndole en la cabeza con uno de los proyectiles, a consecuencia de lo cual falleció en el Hospital de San Juan de Dios de Bucaramanga, a donde fue trasladado. Carlos Niño cuando vio caer a Guzmán, emprendió la huida y los hermanos Afanador lo persiguieron; el primero en la persecución fue Basilio, a quien sus hermanos Leopoldo y Máximo le gritaban: "tírelo, tírelo, mátelo", oyéndose luego varios disparos, yendo a caer muerto más adelante y presentando el cadáver, una herida de revólver en la región parietal derecha superior y tres heridas incisas. Los Afanador regresaron en seguida al sitio donde había caído Mario Guzmán y como en este lugar encontraran a Víctor Ardila, quien antes había dado un planazo a Máximo Afanador al ver caído a Guzmán, agredieron a aquél causándole una herida de revólver que le atravesó el corazón y diez y nueve heridas incisas, en su mayor parte de carácter mortal.

El Juzgado Primero Superior de Bucaramanga dictó auto de proceder contra los hermanos Afanador, con fecha doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho; contra Basilio Afanador por el triple delito de homicidio en las personas de Mario Guzmán, Víctor Ardila y Carlos Niño y contra Leopoldo y Máximo Afanador, por el doble delito de homicidio en Víctor Ardila y Carlos Niño, incluyendo en relación con estos dos últimos, la circunstancia de la sevicia para el cometido en la persona de Víctor Ardila y la alevosía, para el que se realizó en la persona de Carlos Niño.

El auto de proceder antes relacionado, fue confirmado por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en providencia de fecha veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

La causa se adelantó con las formalidades legales y la audiencia pública tuvo lugar, en los días veintiseis y veintisiete de septiembre; y dos, cinco, nueve y diez de octubre de mil novecientos cincuenta, habiendo contestado el Jurado afirmativa-

mente la responsabilidad de los procesados en los tres homicidios, negando las circunstancias de la sevicia y de la alevosía, propuestas para los homicidios de Carlos Niño y Víctor Ardila, respectivamente.

El Juzgado Primero Superior de Bucaramanga, dictó sentencia con fecha ocho de noviembre del año de mil novecientos cincuenta, condenando a Basilio Afanador a la sanción principal de diez y ocho años de presidio, a Leopoldo Afanador a diez y seis años de la misma pena, y a Máximo Afanador a la de quince años y diez meses de esta misma sanción, fuera de las penas accesorias correspondientes para todos los procesados.

Finalmente, el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el fallo mencionado al comienzo de esta providencia confirmó el del Juez Superior, lo que quiere decir, que condenó a los procesados a las sanciones fijadas en la sentencia de primera instancia.

Se procede a estudiar las causales invocadas en la demanda, que como se ha dicho, son la primera y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento, haciéndolo en conjunto, como lo hizo el señor Procurador Delegado en lo Penal.

Causales primera y tercera. Violación de la ley penal y desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y con el veredicto del Jurado.

El demandante formula los cargos contra la sentencia recurrida, en los siguientes términos:

"...La penalidad aplicada a cada uno de los sentenciados no corresponde a lo que disponen sobre el particular los textos legales, especialmente el contenido en el artículo 33 de la obra citada (Hace referencia al Código Penal).

"...Cuando el texto legal (art. 33) habla de **aumentada hasta otro tanto** ha de entenderse que jamás se podrá llegar al doble de la pena impuesta para el delito más grave.

"Se trata de aplicación de penas para **homicidios simplemente voluntarios**. La pena, de acuerdo con el artículo 362 del C. P. es de ocho a catorce años; pero individualizado el más grave, que ha de ser la base para la adjudicación del aumento de que trata el art. 33 de la misma obra, no hay lugar a estimar que dicha pena para el más grave en relación con los hermanos Afanador pueda ser superior a **ocho años de presidio**...".

"...Es posible y quizás necesario que se entienda el texto legal del art. 33 del C. P. en su expresión "**aumentada hasta en otro tanto**", como

una regla de más o menos a tono con el art. 36 de la misma obra. Pero jamás podría ello significar que irrevocable e inmodificablemente se aplique para delitos voluntarios de homicidio penas que, como en los casos de la sentencia acusada, son superiores a las impuestas generalmente por homicidios con características de asesinato.

“El término **hasta en otro tanto** ha de tener una significación de equidad para moverse dentro de él con benignidad, benignidad justiciera, no benignidad graciosa. Este término quiere significar que se tome en su justo medio y que así cuando se predica de hasta otro tanto se coloque la mitad, para concluir que a un homicidio con ocho años de presidio (voluntario), pero por las razones del art. 33 C. P., se le castigue con **doce años**; a un homicidio voluntario de nueve años de presidio, se le castigue con **trece años y medio**, y aún estos aumentos tendrían que fijarse en menos intensidad”.

Concluye el actor, sosteniendo que hubo violación del art. 33 del Código Penal, porque se extremó el sentido de esta disposición y solicita que se infirme la sentencia, en el sentido de que las penas básicas aplicadas en ella por el Tribunal, se aumenten “solamente hasta en la mitad de las mismas y no hasta en otro tanto”.

Sintetizando lo dicho por el demandante, se puede afirmar que la tesis por él planteada, es la de que tratándose de un concurso real o material de infracciones, la sanción nunca podrá ser aumentada hasta el doble de la fijada para el delito más grave, sino hasta “su justo medio” es decir, que si se trata de reprimir un concurso material de delitos, partiendo de la sanción mínima que corresponde a un homicidio común, o sean, ocho años, el aumento sólo podrá hacerse de acuerdo con el artículo 33 del Código Penal, en cuatro años más, lo que da un total de doce años de presidio para el infractor. Y como en la sentencia se traspasó ese límite al individualizar la pena, se violó el precitado artículo 33 del estatuto repressivo.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario, anota en primer lugar, que el demandante no fundamentó lo relacionado con la causal tercera, pues no expresa en qué consiste la falta de consonancia entre la sentencia de segunda instancia y el auto de proceder, o entre aquélla y el veredicto del Jurado y en estas con-

diciones, hay sustracción de materia para un estudio de casación.

En cuanto al cargo contenido en la demanda, manifiesta que basta transcribir el artículo 33 del Código Penal para refutarlo. Analiza el alcance de la expresión “hasta en otro tanto” empleada por dicha disposición y trae en su apoyo lo que aparece en las actas de la Comisión de Reformas Penales, concluyendo que la tesis del representante de los procesados no tiene ningún apoyo ni desde el punto de vista gramatical del precepto ni en lo tocante a su origen histórico.

Y en cuanto al fundamento del cargo en el campo doctrinario, dice que tampoco es aceptable, porque el mencionado artículo 33 se funda en el principio de la responsabilidad única y de la pena progresiva, a fin de evitar los rigores del cúmulo material de delitos y obtener la individualización de la medida represiva de acuerdo con la capacidad criminoso del delincuente y con la defensa social que actúa contra sus tendencias dañinas. Y agrega:

“En la figura de la acumulación jurídica se adapta la pena en orden a una sola peligrosidad, y naturalmente el mínimo y el máximo señalados por la ley jugarán de acuerdo con las especiales modalidades de los hechos criminosos, la capacidad antisocial del sujeto, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad. Es decir, la adecuación de la medida represiva debe hacerse siguiendo los criterios generales indicados por el artículo 36 del Código Penal, y el máximo de la pena (hasta en otro tanto) únicamente podrá imponerse “en ocasiones extraordinarias” y teniendo el cuidado “de que el aumento no sea mayor que el máximo correspondiente al otro hecho” si el concurso es de dos o más delitos, según atinada jurisprudencia de la H. Corte”.

Por último sostiene, que es un problema distinto el que se refiere a si el Tribunal aumentó en forma equitativa y justiciera en este caso, la pena correspondiente al delito más grave, tomando en cuenta los criterios orientadores del artículo 36. Sólo que este aspecto del problema, no lo trata el actor en su demanda y en estas circunstancias, la sanción impuesta resulta intocable, pues ni la Corte ni la Procuraduría pueden llenar los vacíos dejados por el demandante.

Concluye la procuraduría, afirmando que el sentenciador de segundo grado, conforme a la doctrina de la Corte, no se excedió al hacer el aumento, del máximo de la sanción señalada para

cada uno de los homicidios y por lo tanto, las causales primera y tercera no deben prosperar.

Se considera:

Según lo dice el señor Procurador Delegado en lo Penal, hay ausencia completa de fundamentación y así aparece del contenido de la demanda, en lo que se relaciona con la causal tercera de casación, pues no se aduce ningún cargo en lo tocante al desacuerdo de la sentencia recurrida con el auto de proceder o bien entre aquélla y el veredicto del Jurado.

Sobre esta materia, el actor se limitó a invocar la causal mencionada, sin que exponga razones de ninguna especie para fundamentarla. Acerca de este punto, la Corte ha sostenido en diferentes ocasiones, que siendo el recurso de casación una entidad puramente técnica, no se puede entrar a examinar la existencia de una causal cuando el demandante no hace alegación alguna sobre ella ni explica en qué consiste la violación cometida en la sentencia sujeta al recurso. Es decir, que el recurrente no debe limitarse a enunciar la causal, sino a demostrarla, a exponer en forma precisa y clara los fundamentos de ella y las disposiciones violadas por el fallador de instancia y cuando esto no ocurre, hay carencia de materia para un estudio de casación y la causal alegada no puede prosperar.

En cuanto a la causal primera de casación, el cargo que contiene la demanda, según se ha expresado ya, radica en afirmar que tratándose de un concurso material de delitos, la sanción nunca puede ser aumentada hasta el doble de la fijada para el delito más grave, sino solamente hasta su justo medio y como en el caso de autos se traspasó ese límite, se violó el artículo 33 del Código Penal y por lo tanto, la causal primera invocada debe prosperar.

El artículo 33 del estatuto represivo, dice:

“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**”.

No se discute si la disposición transcrita sea o no de aplicación para determinar la pena imponible a quienes han sido procesados en este negocio. Esto lo acepta la parte recurrente; el problema, se concreta a determinar el alcance de ese precepto en orden a determinar la pena imponible a los sentenciados, en lo que dice relación

al aumento que debe hacerse a la sanción establecida para el delito más grave por haber concurrido a la comisión de los hechos, la figura del concurso material de delitos. De ahí que, el recurrente manifieste su inconformidad y concrete sus argumentaciones, contra la interpretación que se dio en el fallo recurrido, a la frase empleada por el precitado artículo 33, cuando dice: **“aumentada hasta en otro tanto”**.

Según lo afirma el Procurador Delegado en lo Penal, la preposición **hasta**, significa gramaticalmente “término de lugares, acciones y cantidades” y si el estatuto represivo dispone en el precepto que se comenta, que la sanción base para el delito más grave puede aumentarse “hasta en otro tanto”, es claro que el término máximo del aumento de sanción, es el doble de la cantidad básica que corresponde a la infracción más grave cometida por el procesado.

Desde el punto de vista histórico, conviene hacer presente, como lo hace también la Procuraduría, que la Comisión de Reformas Penales de 1923, sí aprobó un artículo (el 30) que serviría de base a las alegaciones del demandante, o sea que el aumento de pena por acumulación jurídica sólo podía ir hasta la mitad de la sanción señalada, pues en el inciso primero, ese artículo decía:

“Al responsable de varios delitos se aplica la sanción establecida para el más grave, **aumentada hasta en la mitad**”.

Sólo que, la Comisión redactora del actual estatuto represivo, no consagró dicho sistema, pues en las actas se lee:

“En consideración el artículo 30 del proyecto de la anterior comisión, que dice:

“Al responsable de varios delitos se aplica la sanción establecida para el más grave, **aumentada hasta en la mitad**.”

“Además de esta pena se aplica, como acceso-ria, la relegación a una colonia agrícola por dos a ocho años, si los delitos cometidos fueren cuatro o más en un período no menor de diez años y la naturaleza y modalidades de los hechos ejecutados, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado demuestran en el agente una persistente tendencia a delinquir.”

“Se leyeron los Códigos italiano, argentino y mexicano, que contemplan la materia que se estudia.

“Después de breve discusión se resolvió adoptar el primer inciso del artículo antes transcrito, modificándolo en el sentido de aumentar el míni-

mun de la sanción, la que no debe ser aumentada hasta la mitad de la pena más grave, sino que puede imponerse otro tanto de la misma pena". (Acta N° 64 de 11 de octubre de 1934. Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal. Tomo I, página 149).

De lo anterior, se deduce que tampoco desde el punto de vista histórico, la tesis del demandante es aceptable para la interpretación que debe darse al precepto penal en referencia.

Considerando el problema desde el campo doctrinario, bastaría tener en cuenta las razones expresadas por el Procurador Delegado en lo Penal y que en forma sintética, se consignaron en otra parte de esta providencia. Porque el concurso de delitos, como aquél lo dice siguiendo a Impallomeni, no es una causa de disminución de la pena que corresponde a cada hecho delictivo, "sino que es causa de la unificación de los distintos delitos en una responsabilidad única y progresiva, como lo es el daño social que se deriva de las varias infracciones, según el número y la gravedad de ellas, sin que la pena resultante pueda llegar, en ningún caso, a ser igual a la suma de las penas establecidas por la ley para cada ilícito".

Por lo demás, si se aceptara el criterio del recurrente en la interpretación del mentado artículo 33 del Código Penal, aumento de pena hasta en la mitad, y no "hasta en otro tanto", se consagraría la aplicación aritmética de esa norma, con prescindencia del estudio del delincuente, de los delitos cometidos, de las circunstancias concurrentes a su consumación y del daño político causado por las varias infracciones, que son las normas orientadoras del juzgador para individualizar las sanciones penales.

Si lo que pretende el actor, es que el Tribunal de instancia, aumentó en forma excesiva la pena base correspondiente al delito más grave, con menosprecio de las reglas consignadas por el artículo 36 del estatuto penal, ese es otro aspecto del problema, que la Sala no puede entrar a estudiar, porque el representante del procesado no lo trata en forma alguna en su libelo y si lo hiciera, no haría otra cosa que llenar los vacíos dejados por aquél en la demanda, lo que sería contrario a la índole misma del recurso de casación.

De suerte que, hay que concluir, que el juzgador de segunda instancia, no se excedió en la sentencia recurrida al hacer el aumento por razón del concurso material de delitos, a la pena señalada por la ley para el delito más grave y consecuentemente, no puede prosperar tampoco la causal primera de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y acorde con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, **NO INVALIDA** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga con fecha doce de abril de mil novecientos cincuenta y uno, por la cual condenó a Basilio Afanador Jiménez, Leopoldo Afanador Jiménez y Máximo Afanador Jiménez, como responsables de los delitos de homicidio de que trata este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.**

POR DISPOSICION EXPRESA DE LA LEY 84 DE 1931, LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO PENAL DE 1936, AUNQUE EXPEDIDAS CON POSTERIORIDAD A AQUELLA, QUEDARON INCORPORADAS EN LA MISMA, EN EL LUGAR QUE OCUPABAN LAS DEL CODIGO PENAL QUE REEMPLAZARON

Desde el punto de vista de la estructura de la norma penal, con apoyo en la teoría expuesta por Grispigni y también por Manzini y otros expositores el art. 157 del Código de Justicia Militar (Ley 84 de 1931) pertenece a la categoría de las normas incompletas, por cuanto se limita a fijar la pena y, sin determinar los elementos del delito, adopta los determinados en el Código Penal común, de modo que dos normas incompletas —la del Código Penal Militar y la del Código Penal Común— integran la norma completa que crea el delito y la pena, cuya aplicación sería clarísima si el Código Penal común hubiera aún regido en 1944.

Sin embargo, derogado el Código de 1890 en 1936, la doctrina admite, ya la tesis de que los arts. 169 y 170 a aquél pertenecientes se consideran incorporados en el nuevo Código Militar, ya la de que el art. 139 del nuevo, que define el delito, sustituye los citados arts. 169 y 170, doctrina ésta extrínsecamente lógica, que garantiza la eficacia jurídica del principio de la legalidad adoptado en la Constitución (art. 26) y en la Ley (arts. 1º del Código Penal y 5º del de Procedimiento Penal).

Aún más, enfrente de la misma ley penal militar, la admisión de tal doctrina es subsidiaria. Aquella ley, en efecto, después de ratificar en su artículo primero la identidad de principios básicos entre la ley común y la especial, la acoge en el artículo 121, al prescribir pues que “son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y DE LAS LEYES QUE LO COMPLEMENTEN, REFORMEN O SUSTITUYAN”. (Subraya la Sala). La sustitución de los artículos 169 y 170 de la ley penal de 1890, que se operó mediante el artículo 139 de la vigente en 1938, así como la consiguiente aplicación de éste en la sentencia recurrida, son —por lo tanto— la realiza-

ción de una expresa y categórica facultad legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Los señores Coronel Diógenes Gil, Teniente Coronel Luis E. Agudelo y Mayor José Figueroa Paz fundados en el Decreto Extraordinario N° 1197 de 1951 y por medio de apoderado especial interpusieron casación contra la sentencia del Jefe de la Brigada de Institutos Militares, del veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, que los condenó —con aplicación de los arts. 157 de la Ley 84 de 1931 y 139 de la Ley 95 de 1936— a las penas de diez años de reclusión militar el Coronel Gil, ocho años de la misma pena el Teniente-Coronel Agudelo y siete el Mayor Figueroa, por el delito de rebelión cometido en la ciudad de Pasto el día diez de los citados mes y año.

Cumplidas las prescripciones de los arts. 563 a 566 del estatuto procesal penal, aquí aplicables según lo ordenado por el art. 233 del Código de Justicia Penal Militar, la Corte decide el recurso, previo examen de las tesis que el demandante y el Procurador expusieron.

A) El proceso

Como se hubiera sindicado al Coronel Diógenes Gil, al Teniente-Coronel Luis E. Agudelo y al Mayor José Figueroa, como los autores principales del movimiento que, en julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, culminó con la prisión del Presidente doctor López en Pasto, la deposición de las autoridades departamentales y la organización de un Gobierno Militar, el Comandante de la Brigada de Institutos Militares convocó —fundado en el Decreto 1640 de aquel año— Consejo de Guerra Verbal que juzgara a los nom-

brados oficiales, y designó para integrarlo al General Miguel Sanjuán (Presidente), a los Coroneles Gabriel Agüero y Arturo Lema Posada (Vocales), al Teniente-Coronel Hernando Mora Angueyra (Fiscal), al doctor Camilo Durán (Auditor de Guerra) y al Capitán Francisco Cortés (Secretario).

El Consejo actuó, ininterrumpidamente, en la Escuela Militar de Cadetes, de las ocho y media de la noche del veinte de julio a las cuatro de la tarde del veintitrés (ochenta horas), e inmediatamente después, con base en la confesión de los procesados y en los testimonios y otras pruebas objetivas, dictó sentencia, la que —confirmada el día veinticinco— fue impugnada mediante el recurso creado por el Decreto 1197 del año pasado.

B) Tesis de la demanda

La impugnación la apoya el demandante en dos motivos principales, la violación de la ley penal por interpretación errada y aplicación indebida y la nulidad por incompetencia de jurisdicción, cuyos fundamentos se resumen en seguida.

El Comando de la Brigada violó los arts. 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal y 5º del de Procedimiento Penal, porque se condenó a los mencionados oficiales por el delito definido en el Código de Justicia Militar vigente en esa época (Ley 84 de 1931) y les aplicó las penas del Código Penal de 1936, ya que no las del de 1890, único aplicable si no se hubiera derogado, quiere decir que fueron sancionados por un hecho que en 1944 no constituía delito o usando otra expresión, en virtud de una norma inexistente; y objetó, también, por indebida, la aplicación del art. 139 del Código Penal, por cuanto no es posible que el Código de Justicia Militar de 1931 pudiera haberse referido, para fines de la pena aplicable, a un Código Penal (el de 1936) que no regía cuando se expidió el Militar.

Partiendo del hecho de que el delito imputado fue el de rebelión, de que los militares procesados actuaron en virtud de un mismo designio y de que, por lo tanto, la coparticipación se configuró claramente, debieron haber sido juzgados por un solo Consejo de Guerra Verbal y no por varios, como sucedió, con violación de los arts. 52 y 54 del estatuto procesal penal y 112 del Código de Justicia Militar de 1931, violación que constituye causal de nulidad al tenor de los arts. 198 y 111 de los citados estatuto y Código, respectivamente.

El Procurador General, como consecuencia de su estudio sobre la interpretación de las normas penales aplicadas, ya en relación con su contenido, ya en relación con la doctrina, se opone a que se case la sentencia.

C) Examen del recurso

Las objeciones del demandante, concretamente, se resuelven en la imposibilidad jurídica de sancionar la rebelión por inexistencia de la norma determinante de tal hecho como delito también y de la pena imponible por su inobservancia, y en la imposibilidad jurídica de atribuir a varios Consejos de Guerra el juzgamiento de un solo hecho realizado en coparticipación criminosa de varias personas unidas con idéntico designio. Diversas como son, en su fundamento, estas objeciones, se analizan separadamente.

a) Primera objeción (violación de la ley penal)

Las cuestiones que, como punto central de la objeción, han de examinarse son: si la derogación del Código Penal de 1890, cuyos artículos 169 y 170 se aplicaban a la rebelión cometida por militares, privó este hecho de su punibilidad anterior, o si la referencia del Código de Justicia Militar (Art. 157) les prolongó su vigencia, o si dicha referencia a normas derogadas debe entenderse como hecha a las que las sustituyeron en el nuevo Código. Este análisis de interpretación implica, como punto de partida, el de la relación entre las siguientes normas invocadas, en el recurso:

a) El Art. 157 del Código de Justicia Militar (Ley 84 de 1931), vigente en 1944, según el cual los militares de cualquier grado, colombianos o extranjeros, al servicio del Ejército, que hubieren cometido alguno de los delitos enumerados en el Art. 169 del Código Penal (el de 1890), serían sancionados con la pena de seis a doce años de reclusión militar, la que se graduaría en la proporción determinada en el Art. 170 del mismo Código;

b) El Art. 169 del mismo Código (1890), según el cual cometerían el delito de rebelión los que se levantara en armas contra el Gobierno para derrocarlo o para cambiar la Constitución, por las vías de hecho, y los que se levantara con el fin de confundir en una persona o cuerpo los poderes públicos que deben ser separados o hacer que se ejercieran por personas o corporaciones distintas o designadas al efecto, o de impedir, por vías de hecho, la reunión del Congreso o de

alguna de sus Cámaras o para disolverlo después de reunido o para cambiar sustancialmente la organización general del país;

e) El Art. 170, fijaba las penas de ocho a diez años de presidio a los promotores o directores de la rebelión, de seis a ocho a los que participaren en ella como empleados con mando o jurisdicción militar, civil o política, y de cuatro a seis años los demás;

d) El art. 432 del nuevo Código Penal (Ley 95 de 1936), mediante el cual se derogó el Código Penal de 1890 y todas las disposiciones contrarias a aquella Ley (la 95);

e) El Art. 139 del Código de 1936, que sustituyó los Arts. 169 y 170 del de 1890, que sanciona con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, a los que promuevan, encabezen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiera a la formación, funcionamiento o renovación de los Poderes Públicos u órganos de la soberanía, con las dos terceras partes de aquella pena a los que simplemente tomen parte en la rebelión, como empleados de ella con mando o jurisdicción militar, política o civil, y los demás individuos comprometidos en la rebelión con las mismas penas disminuidas en dos terceras partes;

f) El Art. 121 del Código de Justicia Militar (Ley 84 de 1931), según el cual "son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en la presente ley", y

g) El Art. 1º del mismo Código, según el cual, siempre que hubiere sido necesario resolver casos dudosos o no previstos en la legislación Militar, debería ocurrirse a los principios fundamentales que identifican la justicia militar, en su conjunto, con la justicia, penal de derecho común, como también debería ocurrirse a las disposiciones de este Derecho.

Tanto en relación a la doctrina como en relación a la lógica jurídica y a la ley (cuyas normas se han transcrito), si la respuesta a la primera cuestión —la de que la derogación de la ley penal de 1890 excluyó la punibilidad de la rebelión militar— es negativa, no así las referentes a las otras cuestiones (la actualidad de los Arts. 169 y 170 de aquel Código o, inversamente, su sustitución por el Art. 139 del vigente en 1944; respuestas que —según se explica— no afectan el prin-

cipio de la legalidad que el demandante supone violado.

Examinada la objeción desde el punto de vista de la estructura de la norma penal, con apoyo en la teoría expuesta por Grisigni y también por Manzini y otros expositores, el Art. 157 del Código de Justicia Militar pertenece a la categoría de las normas incompletas, por cuanto se limita a fijar la pena y, sin determinar los elementos del delito, adopta los determinados en el Código Penal común, de modo que dos normas incompletas —la del Código Penal Militar y la del Código Penal Común— integran la norma completa que crea el delito y la pena, cuya aplicación sería clarísima si el Código Penal común hubiera aún regido en 1944.

Sin embargo, derogado el Código de 1890 en 1936, la doctrina admite, ya la tesis de que los Arts. 169 y 170 a aquél pertenecientes se consideran incorporados en el nuevo Código Militar, ya la de que el Art. 139 del nuevo, que define el delito, sustituye los citados Arts. 169 y 170, doctrina ésta estrictamente lógica, que garantiza la eficacia jurídica del principio de la legalidad adoptado en la Constitución (Art. 26) y en la Ley (Arts. 1º del Código Penal y 5º del de Procedimiento Penal).

Aún más, enfrente de la misma ley penal militar, la admisión de tal doctrina es subsidiaria. Aquella ley, en efecto, después de ratificar en su artículo primero la identidad de principios básicos entre la ley común y la especial, la acoge en el Art. 121 al prescribir pues que "son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan". Subraya la Sala. La sustitución de los Arts. 169 y 170 de la ley penal de 1890, que se operó mediante el Art. 139 de la vigente en 1938, así como la consiguiente aplicación de éste en la sentencia recurrida, son —por lo tanto— la realización de una expresa y categórica facultad legal.

No hubo, pues, violación de los Arts. 26 de la Constitución Nacional, ni de los Arts. 1º y 139 del Código Penal, ni del Art. 5º del de Procedimiento Penal. La causal primera por tales razones, no prospera.

b) Segunda objeción (nulidad del proceso)

El proceso es nulo —según el demandante— porque siendo, como fue, uno solo el delito —la rebelión— y varios los copartícipes, a cuya ejecución concurrieron en virtud de un mismo desig-

nio, únicamente podrían haber sido juzgados por un sólo Consejo de Guerra Verbal y en un solo proceso, y no —como se hizo— en varios procesos fallados por diversos juzgadores, que —de conformidad con la ley procesal penal (Art. 52)— no eran competentes.

La objeción, abstracta y genéricamente considerada, es jurídica, y podría conducir a la anulación del proceso si las normas cuya violación se indicó en la demanda, no hubieran sido tácitamente suspendidas. En efecto, mediante el Decreto Extraordinario 1640 de 1944 se facultó al Comandante de la Brigada de Institutos Militares para convocar el Consejo o **Consejos de Guerra Verbales** que estimara necesarios", facultad cuyo ejercicio trajo, como necesaria consecuencia, el incumplimiento de las normas de las leyes procesales (comunes y especiales) sobre competencia.

Tampoco prospera, por lo dicho, la cuarta causal.

D) Fallo de la Corte

Establecida la inexistencia de violación de las normas penales sustantivas aplicadas a la infracción y de las normas procesales relativas a la competencia, el recurso debe desecharse.

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 conformidad con el concepto del Procurador General de la Nación, NQ CASA la sentencia de la Brigada de Institutos Militares, del veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, por la cual condenó al Coronel Diógenes Gil, al Teniente-Coronel Luis E. Agudelo y al Mayor José Figueroa Paz como autores del delito de rebelión cometido en Pasto el día diez del mes y año citados. *

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Ángel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.**

LAS NORMAS DEL CODIGO PENAL DE 1936, ERAN, EN 1944, APLICABLES EN MATERIA DE DELITOS MILITARES, PORQUE ASI LO HABIA PREVISTO Y ORDENADO EL CODIGO MILITAR QUE ESTABA VIGENTE EN ESA EPOCA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril treinta de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Los Capitanes Carlos Barberi Zamorano y Flavio Vargas, Tenientes Luis Enrique Fressen y Efraim Lésmes Rojas y Subteniente Alirio Ibáñez interpusieron casación contra la sentencia del Comando de la Brigada de Institutos Militares, del nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, que —con aplicación de los artículos 139 del Código Penal y 157 del de Justicia Militar— los condenó, en la especie de reclusión militar, a cuatro años el primero, cuatro años y medio el segundo, dos años el tercero, tres el cuarto y dos el último, como coautores del delito de rebelión cometido en la ciudad de Ibagué los días diez y once de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Admitido el recurso mediante providencia del ocho de agosto del año pasado, y contestada por el Procurador General de la Nación la demanda, el once de febrero del presente se celebró la audiencia, en la cual tanto aquel funcionario como el apoderado de los procesados reafirmaron sus tesis. Como se han realizado las condiciones que exige la ley, la Corte decide el recurso en el presente fallo, no sin antes resumir las actividades de los procesados y las razones expuestas por las partes.

A) El delito y sus modalidades

El Comando de la Brigada de Institutos Militares, expone la siguiente revisión sobre las actividades delictuosas de los procesados:

“El lunes 10 de julio del presente año, tan pronto como el Gobernador del Tolima tuvo conocimiento de la prisión del señor Presidente de la República, ocurrida en la ciudad de Pasto, y los sucesos que habían motivado el Decreto sobre

turbación del orden público, y en atención a que el Presidente encargado le pidió que llamara al Comandante de la Guarnición Mayor Julio Millán, para que tuviera conferencia telefónica con el señor General Neira, encargado del Ministerio de Guerra. Se presentó dicho oficial en el despacho del Gobernador, más o menos a la una de la tarde, habló el Mayor Millán con el Ministro de Guerra, comunicó al Gobernador que había recibido instrucciones, pidió el apoyo necesario para cumplirlas, que le fue ofrecido, y salió luego como si fuera a cumplir con su deber.

“En el cuartel de la Escuela de Ingenieros el señor Mayor Millán convocó una reunión de oficiales en el Comando de la Escuela, a la cual concurrieron entre otros oficiales, los siguientes: Capitanes Carlos Barberi Z. y Flavio Vargas, Teniente Luis E. Fressen y Efraim Lésmes y Subteniente Alirio Ibáñez. En esta reunión el Mayor Millán puso en conocimiento de los oficiales presentes, que el Excelentísimo señor Presidente de la República, doctor Alfonso López, había sido preso en la ciudad de Pasto, por fuerzas del Ejército; que el doctor Darío Echandía había tomado posesión de la Presidencia de la República en su carácter de primer Designado y que el orden público había sido turbado en toda la nación. Les manifestó que había tomado la decisión de ocupar la Gobernación y tomar la Policía Nacional y los servicios de comunicaciones, y les preguntó a los señores oficiales cuál no estaba de acuerdo con la decisión que había tomado, a lo cual todos se manifestaron de acuerdo con él. Más o menos siendo las cinco de la tarde los rebeldes principiaron a ejecutar los planes propuestos en la reunión; efectivamente el Capitán Juan B. López de Guzmán al mando de la Compañía de Zapadores y de una sección de la Compañía de Transmisiones y acompañado entre otros oficiales por el Capitán Carlos Barberi, comandante titular de la Compañía de Zapadores, se presentó al Palacio de la Gobernación y allí detuvo al señor Gobernador y a numerosos funcionarios públicos que allí se hallaban, lo mismo que a varios particulares, y organizó la guardia que debía custodiarlos dentro

del edificio. Simultáneamente otras fuerzas militares al mando de los Tenientes **Efraim Lésmes**, **Luis E. Fressen** y Subteniente **Alirio Ibáñez** y Capitán **Flavio Vargas**, intimaron y obtuvieron rendición del personal de la Policía y se apoderaron del armamento de éste y fueron extendiendo rápidamente su acción violenta sobre las oficinas de comunicaciones y los medios de transporte, colocando retenes en las vías que estimaron conveniente interceptar.

"Esta situación se prolongó aproximadamente hasta las diez de la noche del lunes citado, hora en que el Coronel Ernesto Buenaventura, comisionado por el Gobierno Central, tomó el mando de la guarnición de Ibagué, detuvo al Mayor Millán y al Capitán Juan López de Guzmán, hizo retirar las tropas que ocupaban la Gobernación y otros lugares y normalizó momentáneamente la situación, quedando en libertad todos los detenidos por los rebeldes militares, restablecidas las autoridades y en poder de éstas las oficinas y servicios que aquéllos habían usurpado.

"Después de estas gestiones regresó al cuartel el Coronel Buenaventura y fue apresado y detenido por el Mayor Millán y Capitán López de Guzmán, quienes habían sido libertados por subalternos suyos. Procedieron luego los rebeldes a repetir sus hazañas de la tarde anterior apresando nuevamente al Gobernador, a los secretarios del despacho que estaban con él y a otras personas, dominando la ciudad como al principio. En esta segunda fase de la rebelión tomaron parte activa entre otros oficiales los siguientes: Teniente **Efraim Lésmes**, quien le intimó prisión con pistola en mano al señor Coronel Ernesto Buenaventura, comandante titular de la Escuela, Teniente **Luis E. Fressen**, quien relevó al Subteniente Armando Peláez en la guardia del edificio de la Gobernación en donde se encontraban detenidos el señor Gobernador y los Secretarios del Despacho, Subteniente **Alirio Ibáñez**, quien ocupó los cuarteles de la policía y montó guardia.

"Así permanecieron las cosas más o menos hasta las cinco de la tarde, del día once, hora en que nuevamente se restituyó todo al estado anterior mediante entrega que de la guarnición hizo el Mayor Millán a los superiores militares que acudieron con tropas a debelar la rebelión".

B) El proceso

Después de que fueron juzgados el Mayor Millán, el Capitán Juan López de Guzmán y los Te-

nientes Hernando Sicard y Luis C. Gaitán, como autores del movimiento rebelde realizado en Ibagué los días citados, el Comando de la Brigada de Institutos Militares ordenó —el dos de agosto— convocar Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los ya nombrados Oficiales del Ejército señores Barberi, Vargas, Fressen, Lésmes e Ibáñez.

Integraron el Consejo el Teniente Coronel Ricardo Bayona Posada (Presidente), los Mayores Jesús Lloreda y Guillermo Otálora (Vocales), el Teniente Coronel Gabriel Montenegro (Fiscal), el doctor Alfonso Castilla (Auditor) y el Capitán Alberto Martín (Secretario).

Reunido el Consejo, le fue propuesta, separadamente para cada uno de los procesados, la siguiente cuestión general, además de la individual relativa a la posición personal de cada uno, contestadas en sentido afirmativo, sin adición alguna: "Si los acusados (Vargas, Barberi, Fressen, Lésmes e Ibáñez) eran o no responsables conforme a las pruebas recogidas en el Consejo de Guerra Verbal de haberse alzado en armas en la ciudad de Ibagué durante los días 10 y 11 de julio del corriente año, con el propósito de cambiar el régimen constitucional existente, apresando al Gobernador del Departamento del Tolima, doctor Alejandro Bernate, sus secretarios señores Julio Galofre, Hernando Márquez, Roque Casas, al comandante de la Policía, Mayor Clodomiro Gordillo".

Con base en esta decisión, el Consejo de Guerra Verbal dictó la sentencia del cinco de agosto, mediante la cual se les impusieron las penas ya dichas, la que confirmada el día nueve por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, fue impugnada con apoyo en el Decreto 1197 del año pasado.

C) La demanda

La impugnación la apoya el demandante en dos motivos principales, la violación de la ley penal por interpretación errada y aplicación indebida y la nulidad por incompetencia de jurisdicción, cuyos fundamentos se resumen en seguida.

El Comando de la Brigada violó los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal y 5º del de Procedimiento Penal, porque si condenó a los mencionados oficiales por el delito definido en el Código de Justicia Militar vigente en esa época (Ley 84 de 1931) y les aplicó las penas del Código Penal de 1936, ya que no las del de

1890, único aplicable si no se hubiera derogado, quiere decir que fueron sancionados por un hecho que en 1944 no constituía delito o usando otra expresión, en virtud de una norma inexistente: y objeto, también, por indebida, la aplicación del artículo 139 del Código Penal, por cuanto no es posible que el Código de Justicia Militar de 1931 pudiera haberse referido, para fines de la pena aplicable, a un Código Penal (el de 1936) que no regía cuando se expidió el Militar.

Partiendo del hecho de que el delito imputado fue el de rebelión, de que los militares procesados actuaron en virtud de un mismo designio y de que, por lo tanto, la coparticipación se configuró claramente, debieron haber sido juzgados por un solo Consejo de Guerra Verbal y no por varios, como sucedió, con violación de los artículos 52 y 54 del estatuto procesal penal y 112 del Código de Justicia Militar de 1931, violación que constituye, causal de nulidad al tenor de los artículos 198 y 111 de los citados estatuto y Código, respectivamente.

El Procurador General, como consecuencia de su estudio sobre la interpretación de las normas penales aplicadas, ya en relación con su contenido, ya en relación con la doctrina, se opone a que se case la sentencia.

D) Examen del recurso

Las objeciones del demandante, concretamente, se resuelven en la imposibilidad jurídica de sancionar la rebelión por inexistencia de la norma determinante de tal hecho como delito también y de la pena imponible por su inobservancia, y en la imposibilidad jurídica de atribuir a varios Consejos de Guerra el juzgamiento de un solo hecho realizado en coparticipación criminosa de varias personas unidas con idéntico designio. Diversas como son, en su fundamento, estas objeciones, se analizan separadamente.

a) Primera objeción (violación de la ley penal)

Las cuestiones que, como punto central de la objeción, han de examinarse son: si la derogación del Código Penal de 1890, cuyos artículos 169 y 170 se aplicaban a la rebelión cometida por militares, privó este hecho de su punibilidad anterior, o si la referencia del Código de Justicia Militar (artículo 157) les prolongó su vigencia, o si dicha referencia a normas derogadas debe entenderse como hecha a las que las sustituyeron en el nuevo

Código. Este análisis de interpretación implica, como punto de partida, el de la relación entre las siguientes normas invocadas, en el recurso:

a) El artículo 157 del Código de Justicia Militar (Ley 84 de 1931), vigente en 1944, según el cual los militares de cualquier grado, colombianos o extranjeros, al servicio del Ejército, que hubieren cometido alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal (el de 1890), serían sancionados con la pena de seis a doce años de reclusión militar, la que se graduaría en la proporción determinada en el artículo 170 del mismo Código;

b) El artículo 169 del mismo Código (1890), según el cual cometerían el delito de rebelión los que se levantarán en armas contra el Gobierno para derrocarlo o para cambiar la Constitución, por las vías de hecho, y los que se levantarán con el fin de confundir en una persona o cuerpo los poderes públicos que deben ser separados o hacer que se ejercieran por personas o corporaciones distintas o designadas al efecto, o de impedir por vías de hecho, la reunión del Congreso o de alguna de sus Cámaras o para disolverlo después de reunido o para cambiar sustancialmente la organización general del país;

c) El artículo 170, que fijaba las penas de ocho a diez años de presidio a los promotores o directores de la rebelión, de seis a ocho a los que participaran en ella como empleados con mando o jurisdicción militar, civil o política y de cuatro a seis años los demás.

d) El artículo 432 del nuevo Código Penal (Ley 95 de 1936), mediante el cual se derogó el Código Penal de 1890 y todas las disposiciones contrarias a aquella Ley (la 95);

e) El artículo 139 del Código de 1936, que sustituyó los artículos 169 y 170 del de 1890, que sanciona con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, a los que promuevan, encabezan o dirijan un alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los Poderes Públicos u órganos de la soberanía, con las dos terceras partes de aquella pena a los que simplemente tomen parte en la rebelión, como empleados de ella con mando o jurisdicción militar, política o civil, y los demás individuos comprometidos en la rebelión con las mismas penas disminuídas en dos terceras partes;

f) El artículo 121 del Código de Justicia Mili-

tar (ley 84 de 1931), según el cual "son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en la presente ley", y

g). El artículo 1º del mismo Código, según el cual, siempre que hubiere sido necesario resolver casos dudosos o no previstos en la legislación militar, debería ocurrirse a los principios fundamentales que identifican la justicia militar, en su conjunto, con la justicia penal de derecho común, como también debería ocurrirse a las disposiciones de este Derecho.

Tanto en relación a la doctrina como en relación a la lógica jurídica y a la ley (cuyas normas se han transcrito), si la respuesta a la primera cuestión —la de que la derogación de la ley penal de 1890 excluyó la punibilidad de la rebelión militar— es negativa, no así las referentes a las otras cuestiones (la actualidad de los Arts. 169 y 170 de aquel Código, inversamente, su sustitución por el art. 139 del vigente en 1944, respuestas que —según se explica— no afectan el principio de la legalidad que el demandante supone violado.

Examinada la objeción desde el punto de vista de la estructura de la norma penal, con apoyo en la teoría expuesta por Grispigni y también por Manzini y otros expositores, el Art. 157 del Código de Justicia Militar pertenece a la categoría de las normas incompletas, por cuanto se limita a fijar la pena y, sin determinar los elementos del delito, adopta los determinados en el Código Penal común, de modo que dos normas incompletas —la del Código Penal Militar y la del Código Penal común— integran la norma completa que crea el delito y la pena, cuya aplicación sería clarísima si el Código Penal común hubiera aún regido en 1944.

Sin embargo, derogado el Código de 1890 en 1936, la doctrina admite, ya la tesis de que los Arts. 169 y 170 a aquél pertenecientes se consideraran incorporados en el nuevo Código Militar, ya la de que el Art. 139 del nuevo, que define el delito, sustituye los citados Arts. 169 y 170, doctrina ésta estrictamente lógica, que garantiza la eficacia jurídica del principio de la legalidad adoptado en la Constitución (Art. 26) y en la ley (arts. 1º del Código Penal y 5º del de Procedimiento Penal).

Aún más, enfrente de la misma ley penal militar, la admisión de tal doctrina es subsidiaria. Aquella ley, en efecto, después de ratificar en su artículo primero la identidad de principios bási-

cos entre la ley común y la especial, la acoge en el Art. 121 al prescribir que "son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y **de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan**" (subraya la Sala). La sustitución de los Arts. 169 y 170 de la Ley penal de 1890, que se operó mediante el Art. 129 de la vigente en 1938, así como la consiguiente aplicación de éste en la sentencia recurrida, son —por lo tanto— la realización de una expresa y categórica facultad legal.

No hubo, pues, violación de los Arts. 26 de la Constitución Nacional, ni de los Arts. 1º y 139 del Código Penal ni del Art. 5º del de Procedimiento Penal. La causal primera, por tales razones, no prospera.

b) Segunda objeción (nulidad del proceso)

El proceso es nulo —según el demandante— porque siendo, como fue, uno solo el delito —la rebelión— y varios los copartícipes, a cuya ejecución concurrieron en virtud de un mismo designio, únicamente podrían haber sido juzgados por un solo Consejo de Guerra Verbal y en un solo proceso, y no —como se hizo— en varios procesos fallados por diversos juzgadores, que —de conformidad con la ley procesal penal (Art. 52)— no eran competentes.

La objeción, abstracta y genéricamente considerada, es jurídica, y podría conducir a la anulación del proceso si las normas cuya violación se indicó en la demanda, no hubieran sido tácitamente suspendidas. En efecto, mediante el Decreto Extraordinario 1640 de 1944 se facultó al Comandante de la Brigada de Institutos Militares para convocar el Consejo o **Consejos de Guerra Verbales** que estimara necesarios", facultad cuyo ejercicio trajo, como necesaria consecuencia, el incumplimiento de las normas de las leyes procesales (comunes y especiales) sobre competencia.

Tampoco prospera, por lo dicho, la cuarta causal.

D) El fallo de la Corte

Establecida la inexistencia de violación de las normas penales sustantivas aplicadas a la infracción y de las normas procesales relativas a la competencia, el recurso debe desecharse.

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 conformidad con el concepto del Procurador General de la Nación, NO CASA la sentencia de la Brigada de Institutos Militares, del nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, por la cual fueron condenados los nombrados Capitanes Barberi y Vargas, Tenientes Fressen y Lésmes y Subteniente Ibáñez, a las penas de reclusión militar antes determinadas por

el delito de rebelión cometido en la ciudad de Ibagué el diez y once de julio del año citado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE REBELION MILITAR

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril treinta de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Capitán Héctor Echavarría y los Tenientes Pablo V. Clavijo y Oswaldo Angueira por medio de apoderado especial y fundados en el Decreto N° 1197 del año pasado impugnaron ante la Corte la sentencia del Comandante de la Brigada de Institutos Militares, del cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, por la cual —con aplicación de los Arts. 139 del Código Penal y 157 de Justicia Militar— fueron condenados, como responsables del delito de rebelión cometido en Bucaramanga el diez de julio del año ya citado, a las penas principales de cuatro, seis y cuatro años de reclusión militar, respectivamente.

Cumplidas las prescripciones de la ley procesal relativas al recurso, la Corte lo decide en esta providencia, no sin antes exponer —en resumen— las tesis que han expuesto ante ella el Procurador y el demandante.

A) El delito

En la sentencia recurrida se narraron, en los términos siguientes, los hechos realizados el día citado en Bucaramanga:

“El día 10 de julio del presente año se sucedieron en la ciudad de Bucaramanga los siguientes hechos: El Capitán José Gregorio Quintero, oficial de detal del grupo de artillería N° 5 Galán, encargado del comando de dicho cuerpo por ausencia momentánea del titular, Teniente, Coronel Gonzalo Fajardo, se apresuró a solidarizarse con el movimiento subversivo estallado en Pasto, e inmediatamente procedió a hacer una reunión de oficiales del grupo, participando en esta reunión, entre otros oficiales, los siguientes: Capitán Héctor Echeverría, Teniente Pablo V. Clavijo y Teniente Oswaldo Angueira. En esta reunión el Capitán Quintero enteró a los oficiales de la rebelión de Pasto a órdenes del Coronel Diógenes

Gil, del aprisionamiento del señor Presidente de la República, doctor Alfonso López, y además, que el movimiento era general de las Fuerzas Militares, y por lo tanto el Grupo Galán debía solidarizarse. Los concurrentes a esta reunión aceptaron las propuestas presentadas por el Capitán José Gregorio Quintero y estuvieron en un todo de acuerdo con ellas.

“Los Comandantes de las baterías del grupo Galán, Capitán Héctor Echeverría, Teniente Pablo V. Clavijo y Teniente Oswaldo Angueira, armaron el personal y ordenaron su amunicionamiento, en cumplimiento de órdenes dadas por el Capitán Quintero.

“El Teniente Pablo Clavijo personalmente se apoderó de los vehículos particulares que en la tarde del lunes pasaban por frente de los cuarteles del Grupo Galán.

“El Capitán Quintero ordenó la formación del Grupo Galán y en presencia de los oficiales, entre ellos los señores Capitán Héctor Echeverría, Teniente Pablo V. Clavijo y Teniente Oswaldo Angueira, les explicó la situación especial del país, y le pidió a la tropa su cooperación y al mismo tiempo tomó juramento de lealtad.

“El Capitán Quintero salió del Grupo Galán en un jeep seguido de cinco camiones llevando a la primera y tercera baterías, al mando de los tenientes Oswaldo Angueira y Pablo V. Clavijo, en dirección del Comando de la Brigada con el fin de entrevistarse con el entonces Coronel Julio Guarín, y requerir de él su incorporación al movimiento subversivo. En este sitio el Capitán Quintero se bajó del jeep y se dirigió al despacho del Coronel Guarín; momentós después se oyeron disparos de arma de fuego.

“Perpetrado el homicidio, el Capitán Quintero y sus acompañantes se retiraron de ese lugar y se dirigieron hacia la Gobernación del Departamento, en busca del señor Gobernador y demás autoridades civiles, para exigirles la dimisión; como el Gobernador no aceptó, se retiró y emprendió marcha hacia el cuartel del Gr. Galán.

“Durante este recorrido que llevó a cabo el Capitán Quintero, permaneció en el Grupo Galán el Capitán Héctor Echeverría, oficial que por ser el más antiguo le correspondía encargarse del grupo.

El Capitán Echeverría durante ese tiempo, que fue más o menos de una hora, no tomó medida alguna para reprimir el movimiento que se estaba presentando.

“Más tarde en el grupo Galán se realizaron una serie de hechos en los cuales tomaron parte los oficiales Capitán Héctor Echeverría, Teniente Pablo V. Clavijo y Teniente Oswaldo Angueira; tales hechos son: ultimatum al Gobernador, reunión de oficiales del grupo Galán a las 4 a. m. del día 11, reunión en la cual el Capitán Quintero les propuso a los oficiales el desarrollo de un plan que había elaborado el día anterior, con el fin de atacar a la Gubernación. En esta reunión de oficiales, entre ellos los antes citados, dieron su opinión en relación a las conveniencias de ese plan, llegando a convencer al Capitán Quintero de lo inútil del plan por él propuesto”.

B) El proceso

El Comandante de la Brigada de Institutos Militares —el primero de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro— convocó Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los ya nombrados Oficiales del Ejército, el que fue integrado por el Teniente Coronel Luis Uribe Linares (Presidente), Tenientes-Coroneles José Ortiz y Miguel Angel Hoyos (Vocales), Coronel Régulo Gaitán (Fiscal), doctor Luis Gómez Nariño (Auditor) y Capitán Oliverio Moreno (Secretario).

Reunido el Consejo, le fue propuesta la cuestión de si los acusados (Echeverría, Clavijo y Angueira) eran o no responsables de haberse alzado en armas en la ciudad de Bucaramanga contra el Gobierno Nacional legítimamente constituido y con el objeto de derrocarlo, y sobre cuya decisión afirmativa el Consejo y el Comandante de la Brigada dictaron sentencia condenatoria y, en virtud de ella, les impusieron las penas a que ya se hizo mención.

C) La demanda

La impugnación la apoya el demandante en dos motivos principales, la violación de la ley penal por interpretación errada y aplicación indebida y la nulidad por incompetencia de jurisdicción, cuyos fundamentos se resumen en seguida.

El Comando de la Brigada violó los Arts. 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal y 5º del de Procedimiento Penal, porque si condenó a los mencionados oficiales por el delito definido

en el Código de Justicia Militar vigente en esa época (Ley 84 de 1931) y les aplicó las penas del Código Penal de 1936, ya que no las del de 1890, único aplicable si no se hubiera derogado, quiere decir que fueron sancionados por un hecho que en 1944 no constituía delito o usando otra expresión, en virtud de una norma inexistente; y objeto, también, por indebida, la aplicación del Art. 139 del Código Penal, por cuanto no es posible que el Código de Justicia Militar de 1931 pudiera haberse referido, para fines de la pena aplicable, a un Código Penal (el de 1936) que no regía cuando se expidió el Militar.

Partiendo del hecho de que el delito imputado fue el de rebelión, de que los militares procesados actuaron en virtud de un mismo designio y de que, por lo tanto, la coparticipación se configuró claramente, debieron haber sido juzgados por un solo Consejo de Guerra Verbal y no por varios, como sucedió, con violación de los Arts. 52 y 54 del estatuto procesal penal y 112 del Código de Justicia Militar de 1931, violación que constituye causal de nulidad al tenor de los Arts. 198 y 111 de los citados estatuto y Código, respectivamente.

El Procurador General, como consecuencia de su estudio sobre la interpretación de las normas penales aplicadas, ya en relación con su contenido, ya en relación con la doctrina, se opone a que se case la sentencia.

D) Estudio del recurso

Las objeciones del demandante, concretamente, se resuelven en la imposibilidad jurídica de sancionar la rebelión por inexistencia de la norma determinante de tal hecho como delito también y de la pena imponible por su inobservancia, y en la imposibilidad jurídica de atribuir a varios Consejos de Guerra el juzgamiento de un solo hecho realizado en coparticipación criminosa de varias personas unidas con idéntico designio. Diversas como son, en su fundamento, estas objeciones, se analizan separadamente.

a) Primera objeción (violación de la ley penal)

Las cuestiones que, como punto central de la objeción, han de examinarse son: si la derogación del Código Penal de 1890, cuyos artículos 169 y 170 se aplicaban a la rebelión cometida por militares, privó este hecho de su punibilidad anterior, o si la referencia del Código de Justicia Mi-

litar (Art. 157) les prolongó su vigencia, o si dicha referencia a normas derogadas debe entenderse como hecha a las que las sustituyeron en el nuevo Código. Este análisis de interpretación implica, como punto de partida, el de la relación entre las siguientes normas invocadas, en el recurso:

a) El Art. 157 del Código de Justicia Militar (Ley 84 de 1931), vigente en 1944, según el cual los militares de cualquier grado, colombianos o extranjeros, al servicio del Ejército, que hubieren cometido alguno de los delitos enumerados en el Art. 169 del Código Penal (el de 1890), serían sancionados con la pena de seis a doce años de reclusión militar, la que se graduaría en la proporción determinada en el Art. 170 del mismo Código;

b) El Art. 169 del mismo Código (1890), según el cual cometerían el delito de rebelión los que se levantara en armas contra el Gobierno para derrocarlo o para cambiar la Constitución, por las vías de hecho, y los que se levataran con el fin de confundir en una persona o cuerpo los poderes públicos que deben ser separados o hacer que se ejercieran por personas o corporaciones distintas o designadas al efecto, o de impedir, por vías de hecho, la reunión del Congreso o de alguna de sus Cámaras o para disolverlo después de reunido o para cambiar sustancialmente la organización general del país;

e) El Art. 170, que fijaba las penas de ocho a diez años de presidio a los promotores o directores de la rebelión, de seis a ocho a los que participaron en ella como empleados con mando o jurisdicción militar, civil o militar, y de cuatro a seis años los demás;

d) El art. 432 del nuevo Código Penal (Ley 95 de 1936), mediante el cual se derogó el Código Penal de 1890 y todas las disposiciones contrarias a aquella Ley (la 95);

e) El Art. 139 del Código de 1936, que sustituyó los Arts. 169 y 170 del de 1890, que sanciona con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, a los que promuevan encabezen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiere a la formación, funcionamiento renovación de los Poderes Públicos u órganos de la soberanía, con las dos terceras partes de aquella pena a los que simplemente tomen parte en la rebelión, como empleados de ella con mando o jurisdicción militar, política o civil, y los demás individuos comprome-

tidos en la rebelión con las mismas penas disminuidas en dos terceras partes;

f) El Art. 121 del Código de Justicia Militar (ley 84 de 1931), según el cual "son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en la presente ley", y

g) El Art. 1º del mismo Código, según el cual, siempre que hubiere sido necesario resolver casos dudosos o no previstos en la legislación militar, debería ocurrirse a los principios fundamentales que identifican la justicia militar, en su conjunto, con la justicia penal de derecho común, como también debería ocurrirse a las disposiciones de este Derecho.

Tanto en relación a la doctrina como en relación a la lógica jurídica y a la ley (cuyas normas se han transcrito), si la respuesta a la primera cuestión —la de que la derogación de la ley penal de 1890 excluyó la punibilidad de la rebelión militar— es negativa, no así las referentes a las otras cuestiones (la actualidad de los arts. 169 y 170 de aquel Código o, inversamente, su sustitución por el Art. 139 del vigente en 1944, respuestas que —según se explica— no afectan el principio de la legalidad que el demandante supone violado.

Examinada la objeción desde el punto de vista de la estructura de la norma penal, con apoyo en la teoría expuesta por Grisigni y también por Manzini y otros expositores, el Art. 157 del Código de Justicia militar pertenece a la categoría de las normas incompletas, por cuanto se limita a fijar la pena y, sin determinar los elementos del delito, adopta los determinados en el Código Penal común, de modo que dos normas incompletas —la del Código Penal Militar y la del Código Penal común— integran la norma completa que crea el delito y la pena, cuya aplicación sería clarísima si el Código Penal común hubiera aún regido en 1944.

Sin embargo, derogado el Código de 1890 en 1936, la doctrina admite, ya la tesis de que los Arts. 169 y 170 a aquél pertenecientes se consideraran incorporados en el nuevo Código Militar, ya la de que el Art. 139 del nuevo, que define el delito, sustituye los citados Arts. 169 y 170, doctrina ésta estrictamente lógica, que garantiza la eficacia jurídica del principio de la legalidad adoptado en la Constitución (Art. 26) y en la ley (Arts. 1º del Código Penal y 5º del de Procedimiento Penal).

Aún más, enfrente de la misma ley penal militar, la admisión de tal doctrina es subsidiaria. Aquella ley, en efecto, después de ratificar en su artículo primero la identidad de principios básicos entre la ley común y la especial, la acoge en el Art. 121 al prescribir que "son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan". Subraya la Sala. La sustitución de los Arts. 169 y 170 de la ley penal de 1890, que se operó mediante el Art. 139 de la vigente en 1938, así como la consiguiente aplicación de éste en la sentencia recurrida, son —por lo tanto— la realización de una expresa y categórica facultad legal.

No hubo, pues, violación de los Arts. 26 de la Constitución Nacional, ni de los Arts. 1º y 139 del Código Penal, ni del art. 5º del de Procedimiento Penal. La causal primera, por tales razones, no prospera.

b) Segunda objeción (nulidad del proceso)

El proceso es nulo —según el demandante— porque siendo, como fue, uno solo el delito —la rebelión— y varios los copartícipes, a cuya ejecución concurrieron en virtud de un mismo designio, únicamente podrían haber sido juzgados por un solo Consejo de Guerra Verbal y en un solo proceso, y no —como se hizo— en varios procesos fallados por diversos juzgadores, que —de conformidad con la ley procesal penal (Art. 52)— no eran competentes.

La objeción, abstracta y genéricamente considerada, es jurídica, y podría conducir a la anulación del proceso si las normas cuya violación se indicó en la demanda, no hubieran sido tácitamente suspendidas. En efecto, mediante el Decreto Extraordinario 1640 de 1944 se facultó al Comandante de la Brigada de Institutos Militares para convocar el Consejo, o Consejos de Guerra Verbales que estimara necesarios", facultad cuyo

ejercicio trajo, como necesaria consecuencia, el incumplimiento de las normas de las leyes procesales (comunes y especiales) sobre competencia.

Tampoco prospera, por lo dicho, la cuarta causal.

E) Fallo de la Corte

Del anterior estudio se derivan las siguientes conclusiones:

a) No hubo violación de la ley penal, por cuanto el Art. 121 del Código de Justicia Militar facultó la aplicación del Código Penal de 1936 que derogó el de 1890, y

b) No es nulo el proceso, por cuanto el Decreto 1640 de 1944 autorizó la convocatoria de los Consejos de Guerra Verbales que se consideraren necesarios.

Es el caso, pues, de aplicar el Art. 569 del estatuto procesal penal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador General, NO CASA la sentencia del Comando de la Brigada de Institutos Militares, del cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, por la cual el Capitán Héctor Echeverría y los Tenientes Pablo V. Clavijo y Oswaldo Angueira fueron condenados, a las penas ya dichas, por el delito de rebelión cometido en la ciudad de Bucaramanga el día diez del mes y año citados.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—
Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

LA PROHIBICION CONTENIDA EN EL ARTICULO 6º DEL DECRETO 3485 DE 1950 ES APLICABLE TAMBIEN RESPECTO DE LOS QUE HAYAN SIDO EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL

La incompatibilidad establecida en el artículo 6º del Decreto N° 3485 de 1950, no hace distingos de ninguna naturaleza. Al expresar que "ninguna persona podrá gestionar en nombre propio o ajeno ante el Ministerio o ante la ENTIDAD OFICIAL o semioficial donde haya servido como funcionario o empleado", dentro del lapso allí mismo señalado, se está refiriendo a los funcionarios de todas las Ramas del Poder Público.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, quince de abril de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

El doctor Ramón Lozano Garcés promovió en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó juicio ordinario contra el Departamento del Chocó sobre indemnización de perjuicios, obrando en su calidad de apoderado especial del señor Manuel R. de Diego.

En memorial de fecha 18 de julio del año próximo pasado el doctor Lozano Garcés sustituyó el poder que tenía en el expresado juicio, en la persona del doctor Arturo Ferrer F.

El Magistrado sustanciador del negocio en referencia por auto de 31 de julio del mismo año negó la representación del doctor Ferrer F., con fundamento en lo dispuesto en el Art. 6º del Decreto Extraordinario N° 3485 de 1950, ya que según informe secretarial, el abogado sustituto se encontraba en el caso de la incompatibilidad allí establecida, puesto que había desempeñado el cargo de Magistrado del mismo Tribunal hasta el día 3 del mismo mes de julio en que fue suscrita la sustitución.

13—Gaceta

El doctor Ferrer F. interpuso en tiempo recurso de reposición contra dicha providencia, y subsidiariamente el de alzada.

Los fundamentos del recurso están concebidos así:

"...no es posible considerar que la disposición transcrita (Art. 6º del Decreto N° 3485 de 1950) se refiere a ex-funcionarios de corporaciones como el Tribunal —y en general a la rama jurisdiccional— donde toda gestión se hace a base de la estricta interpretación de las leyes y ante abogados titulados, en todo sentido independientes de sus antecesores y, quizá, con tanta o mayor capacidad interpretativa que aquéllos.

"En esas entidades; en efecto, no hay gestiones a base de influencias, que de existir implicarían delitos, como suelen haberlas en otras entidades administrativas que justificaron el decreto en comentario. No hay, pues, razones de hecho que justifiquen la prohibición para los exfuncionarios de la Rama Jurisdiccional y desde luego, no puede haberla de derecho".

El Tribunal en auto de fecha 4 de agosto del presente año, negó la reposición pedida basando su decisión en que:

"Las razones que tuvo esta Entidad para negarle la personería al doctor Ferrer Ferrer, conservan toda su vigencia, porque en ningún caso le es dable a los juzgadores distinguir allí donde el Legislador o quien hace sus veces, no estableció distinción alguna. La norma de que se ha hecho mención habla en términos generales, pues textualmente usa las formas de "Ninguna persona... Ministerio o ante la Entidad oficial o semi-oficial donde se haya servido como funcionario o empleado..."

"Está bien claro que "ninguna persona", en la forma gramatical afirmativa, implica toda perso-

na que haya servido o desempeñado una función o cargo, y más lo es aún el que el Tribunal Superior es una entidad de carácter oficial, adscrita o perteneciente a la rama jurisdiccional, de creación constitucional, y que por lo tanto el Tribunal Superior se encuentra dentro de las entidades oficiales de que trata el referido artículo...".

Subsidiariamente, el Tribunal concedió el recurso de apelación para ante esta Corte.

Surtidos en esta Sala los trámites reglamentarios, se pasa a resolver el recurso mediante las siguientes consideraciones:

El contexto del artículo 6º del Decreto Extraordinario N° 3485 de 1950 reza así:

"Ninguna persona podrá gestionar en nombre propio o ajeno ante el Ministerio o ante la entidad oficial o semioficial donde haya servido como funcionario o empleado, dentro del año siguiente a la fecha en que hizo dejación del cargo, salvo en lo relativo a prestaciones provenientes del mismo cargo desempeñado.

"El que infringiere este precepto quedará inhabilitado durante dos años para desempeñar empleos públicos o cargos en instituciones semioficiales".

La incompatibilidad establecida en esta disposición, como acertadamente lo apunta el Tribunal, no hace distinciones de ninguna naturaleza. Al expresar que "ninguna persona podrá gestionar en nombre propio o ajeno ante el Ministerio o ante la entidad oficial o semioficial donde haya servido como funcionario o empleado" dentro del lapso allí mismo señalado, se está refiriendo a los funcionarios y empleados de todas las ramas del Poder Público.

El sentido generalizador de las disposiciones del Decreto Ley de que se trata de desentrañar fácilmente de la lectura de sus considerandos. Dicen ellos, en lo pertinente, así:

"Que uno de los peores males, así por su influjo en las costumbres políticas como por el prestigio que para la autoridad acarrea, es el que procede de la promiscua representación del interés nacional o regional y la de meros intereses particulares;

"Que el necesario imperio de la rectitud moral en los que tienen el cuidado de la comunidad

se opone a toda actividad que no mire el interés general...".

La prohibición de litigar en causa propia o ajena, consagrada por el artículo 6º del Decreto Extraordinario antes citado, se endereza a mantener incólume el prestigio de la autoridad en todas y cada una de las formas como se manifieste a través de los distintos Organos del Poder Público, sustrayéndola de posibles y dañadas influencias que puedan desviarla de su elevada misión. Por ello resulta inadmisibles el argumento aducido por el apelante, según el cual el Decreto en mención sólo se refiere a la rama Administrativa del Poder, toda vez que únicamente en ésta pueden ocurrir los casos de "promiscua representación del interés nacional o regional y la de meros intereses particulares", y en ningún caso abarca al Organismo Jurisdiccional, "donde todas las controversias deben ser resueltas a base de la estricta interpretación de las leyes". La norma legal aplicada por el Tribunal en este caso es de carácter general. En consecuencia, no cabe hacer en torno a la aplicación de la misma distingo alguno, y a ella están sujetos quienes, dentro del lapso previsto, fueron empleados o funcionarios del Poder Judicial.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Confírmase el auto materia de esta apelación.

Condénase en costas al recurrente, doctor Arturo Ferrer F.

Para la notificación de esta providencia al señor Gobernador del Departamento del Chocó, comisionase al Juez Civil del Circuito de Quibdó, a cuyo fin se librará el correspondiente despacho.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín

Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE ENTREGA DE UNAS MERCANCIAS CONSIGNADAS PARA SU
TRANSPORTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y nueve (19) de abril de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Con fecha 11 de agosto de 1948 el doctor Aurelio Londoño Mejía, como apoderado de la sociedad comercial denominada “**Compañía Constructora Limitada**”, presentó demanda ante el Tribunal Superior de Manizales, a fin de que en juicio ordinario contra el Departamento de Caldas, como propietario del Ferrocarril de Caldas, se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera. Que el Departamento de Caldas, bien directamente o por conducto del Ferrocarril de Caldas, está obligado a entregar a la **Compañía Constructora Limitada**, sociedad de las condiciones ya dichas, la cantidad de **quinientos sacos de cemento** de la marca “Diamante”, con peso de **cincuenta** kilos cada uno, en la Estación de Chinchiná del Ferrocarril de Caldas, o el valor de su precio comercial en el mismo lugar, tres días después de ejecutoriada la sentencia; y

“Segunda. Que, como consecuencia de la anterior petición, el Departamento de Caldas está obligado a pagar a la misma **Compañía** el valor de los perjuicios sufridos por ésta desde la fecha en que estaba obligado a la entrega del cemento hasta que ésta se efectúe o se pague su valor comercial, perjuicios que estimo en la suma de **cinco mil pesos m/l.**”

Como hechos sustanciales de la demanda se indicaron los que en seguida se relacionan:

a) La **Compañía Constructora Limitada** adquirió por compra a la **Compañía de Cementos Portland Diamante** la cantidad de dos mil sacos de cemento, marca “Diamante”, de cincuenta kilos cada uno, según comprobante de caja número 2434 de 16 de febrero de 1948, expedido en Bogotá (hecho 3º).

b) En el mismo mes de febrero de 1948 la **Compañía vendedora** despachó el cemento por conducto de la empresa del Ferrocarril de Caldas, con destino a la **Compañía Constructora Limitada** y

para su entrega en la Estación de Chinchiná (hecho 5º).

c) Del cemento despachado, la **Compañía Constructora Limitada** recibió del Ferrocarril de Caldas mil quinientos sacos, así: mil sacos en la Estación de Chinchiná, que fueron transportados al almacén de la **Compañía** en los días 10, 11 y 12 de marzo de 1948, y quinientos sacos en Manizales, a donde habían sido aforados por la misma **Compañía** (hechos 11, 12 y 13).

ch) La **Compañía Constructora** pagó el transporte de los mil quinientos sacos de cemento recibidos por medio de un cheque contra el Banco de Colombia de Manizales por la suma de mil novecientos cuarenta y un pesos (\$ 1.941.00), cheque que fue entregado por el Almacenista-Pagador de la **Compañía** al Jefe de Estación del Ferrocarril de Caldas en Chinchiná, señor Bernardo Mejía, quien le firmó el comprobante número 1537 de 6 de marzo de 1948 (hechos 7, 8 y 9).

d) El 12 de marzo de 1948 el Almacenista-Pagador de la **Compañía Constructora** le firmó al Jefe de Bodegas del Ferrocarril de Caldas, señor Eduardo Posada, la remesa de los últimos quinientos sacos de cemento que quedaban por entregar a aquella **Compañía**; pero dicho cemento en definitiva no se entregó ni se ha entregado, porque a ello se opuso el Jefe de Estación del Ferrocarril, señor Bernardo Mejía, dando como razón que el que estaba en los patios pertenecía al señor José Echeverri (hechos 15 y 16).

e) A los reclamos subsiguientes hechos por el Almacenista-Pagador de la **Compañía Constructora** a los señores Jefe de Estación y Jefe de Bodegas del Ferrocarril, contestaban: el primero, que estaban averiguando por el vagón que traía los quinientos sacos de cemento para la **Compañía Constructora**; y el segundo se limitaba a responder que él estuvo dispuesto a la entrega del cemento pero que el Jefe de Estación se lo impidió (hecho 17).

f) La pérdida o no entrega de los quinientos sacos de cemento de la **Compañía Constructora Limitada** se puso en conocimiento del Jefe de Reclamos del Ferrocarril de Caldas, señor Bonifacio Millán, quien levantó un informativo que tiene

en su poder con los detalles sobre transporte y órdenes de marcha de la mercadería (hecho 18).

g) Entre los días 1º y 9 de marzo de 1948, no sólo llegaron a la Estación de Chinchiná, en cuatro vagones, los dos mil sacos de cemento despachados desde Apulo para la Compañía Constructora, sino que también se recibieron, igualmente en cuatro vagones de quinientos sacos cada uno, otros dos mil sacos de cemento para el señor José Echeverri, de la misma marca, peso y procedencia de los anteriores (hechos 21 y 22).

h) Entre los vagones llegados a la Estación de Chinchiná estaban los números 16 y 19, con quinientos sacos de cemento marca Diamante cada uno, el número 16 para entregar a la Compañía Constructora y el número 19 para entregar al señor José Echeverri (hecho 23).

i) Aparece constancia en el Ferrocarril de Caldas de que los vagones antes mencionados fueron reaforados al sitio de "Montevideo", donde el señor José Echeverri adelanta obras en la Central Hidroeléctrica de Caldas por su cuenta, reaforos hechos a la orden del mismo Echeverri (hecho 24).

j) Aparece constancia en el Ferrocarril de Caldas de que el señor José Echeverri pagó por transporte del cemento llegado entre el 1º y el 9 de marzo de 1948 a Chinchiná el correspondiente a dos mil quinientos sacos, en tanto que la Compañía Constructora sólo pagó el transporte de mil quinientos sacos, que fueron los que recibió (hecho 26).

k) El Ferrocarril de Caldas ha retenido indebidamente la remesa o carta de porte correspondiente a los quinientos sacos de cemento marca "Diamante" no entregados a la Compañía Constructora Limitada, con lo cual le ha causado perjuicios a ésta (hecho 29).

l) Igualmente el Ferrocarril de Caldas le ha ocasionado cuantiosos perjuicios a la Compañía Constructora Limitada "por el retardo que demora la entrega, la dificultad para sustituir el cemento y la pérdida de tiempo en las obras contratadas" (hecho 30).

Del libelo en cuestión se dio traslado al señor Gobernador del Departamento de Caldas, quien designó como apoderado al doctor Octavio Villegas Pérez, a fin de que representara en el juicio a la entidad demandada. Se surtieron luego los trámites subsiguientes de rigor, con producción de pruebas por una y otra parte. Y finalmente el Tribunal del conocimiento, por sentencia de fecha once de julio de mil novecientos cincuenta, desató el litigio en sentido desfavorable a la Com-

pañía demandante, basándose en que no se había probado el hecho fundamental alegado por ésta, o sea que "no se hubiera entregado el cemento y se hubiera arrebatado o quitado la carta de porte correspondiente a la carga de cemento que traía el vagón número 16 en la remesa marcada con el número E. 99978".

Contra dicha sentencia interpuso recurso de alzada el apoderado de la Compañía Constructora Limitada, por lo cual subió el negocio a esta Sala de la Corte, donde ha de resolverse en definitiva. Y como aquí se ha surtido ya toda la tramitación de esta segunda instancia, se procede en seguida a decidirla, haciendo la advertencia de que las partes, dentro de las oportunidades legales, no concurrieron a la defensa de sus intereses.

La cuestión planteada

En relación con los dos mil sacos de cemento que le fueron despachados por el Ferrocarril de Caldas, la Compañía Constructora no desconoce que las cuatro remesas o cartas de porte correspondientes fueron firmadas por empleados suyos, o sea por el señor H. Nieto C. la número E. 99978, y por el señor Augusto Salazar las números E. 99997, E. 99998 y F. 14363. Al propio tiempo acepta que recibió mil quinientos sacos de ese cemento. Pero agrega que los quinientos sacos restantes no los ha recibido, porque el Jefe de Estación de Chinchiná, señor Bernardo Mejía, se opuso a que le fueran entregados después de haber sido firmada la respectiva carta de porte por el Almacenista-Pagador de la Compañía, alegando que el vagón de cemento que estaba en los patios pertenecía al doctor José Echeverri (hechos 15 y 16).

De esta suerte, la Compañía Constructora lo que pretende es desvirtuar o restarle valor al **recibí de conformidad** que aparece al pie de una de las cartas de porte, con la firma de uno de sus empleados, para que así puedan prosperar sus peticiones.

Consideraciones de la Corte

A más de haberse establecido en estos autos que el Ferrocarril de Caldas pertenece al Departamento demandado (fs. 2 y 3 del cuaderno número 1), también se han demostrado debidamente los siguientes hechos, que sirven de antecedentes a la cuestión sustancial del debate: 1º Que la Compañía Constructora Limitada compró a la Compañía de Cementos Portland Diamante, en

febrero de 1948, dos mil sacos de cemento de cincuenta kilos cada uno (fs. 6 y 7 del cuaderno número 1 y 21 y v. del cuaderno número 2); y 2º Que ese cemento fue despachado por conducto del Ferrocarril de Caldas, para ser entregado en la Estación de Chinchiná a "Compañía Constructora—Gonzalo Echeverri", según rezan las cartas de porte números E. 99978, E. 99997, E. 99998 y F. 14363, cada una por 500 sacos de cemento, que fueron exhibidas por la parte demandada (fs. 4 a 7 del cuaderno número 3).

Además, la Compañía Constructora admite, como se ha visto, que recibió del Ferrocarril de Caldas mil quinientos sacos de cemento despachado.

De consiguiente, sólo resta por ver qué pruebas se han aducido contra la constancia de haberse recibido los otros quinientos sacos de cemento, constancia que aparece firmada por un empleado de la Compañía demandante, como ésta misma lo reconoce.

En tal sentido, apenas obran en el expediente los siguientes elementos de juicio:

a) Las declaraciones de los señores Arcesio Robledo, Héctor Mejía, Jaime Arbeláez, Elías Quintero y Tulio Angel (fs. 7, 16, 16 vto., 26 y 26 vto. del cuaderno número 2), quienes aseguran que es costumbre en el Ferrocarril de Caldas exigir firmada la carta de porte o guía férrea antes de proceder a la entrega de la mercancía; pero como lo expresa el Tribunal de Manizales, esos cinco testimonios no bastan para establecer la costumbre comercial que con ellos se pretende demostrar, pues a este respecto la ley exige la deposición de siete testigos que indiquen "los varios casos determinados y distintos de que tienen conocimiento" (artículo 700 del C. J.).

b) La declaración del señor Augusto Salazar (fs. 6 a 7 vto. del cuaderno número 2), recibida a solicitud de la Compañía demandante, el cual hace un relato acorde con las afirmaciones del libelo; pero tal testimonio carece de todo valor probatorio en estos autos, pues no sólo era el Almacenista-Pagador de la empresa en marzo de 1948, sino que fue el empleado que a su nombre firmó tres de las cartas de porte de que se ha venido hablando.

c) Las declaraciones de los señores Guillermo Abad y Conrado Arenas (fs. 13 y 15 del cuaderno Nº 2), quienes aseveran que les "consta personalmente" que en marzo de 1948 (el primero dice que el 29 y el segundo que el 22) hubo una conversación entre el señor Augusto Salazar y el señor Eduardo Posada, Jefe de Bodegas del Ferro-

carril de Caldas en Chinchiná, relacionada con una remesa de cemento; conversación en la cual, según Abad, el señor Posada manifestó "que no le hacía la entrega de dicha remesa, porque él sí estaba convencido de que el cemento no le había sido entregado al señor Salazar" (sic). Y Arenas agrega sin indicar circunstancias de ninguna clase: "Sé además personalmente que el señor Jefe de la Estación del Ferrocarril de Caldas en Chinchiná se opuso en toda forma a la entrega de un cemento que portaba uno de los vagones, diciendo dizque ese cemento iba con destino a 'Montevideo' al señor José Echeverri".

ch) La declaración del señor Bonifacio Millán (fs. 9 v. a 10 v.), quien como Jefe de Reclamos del Ferrocarril y a petición de la parte demandante hace el relato que sigue: "El Ferrocarril por medio de su abogado ha presentado las remesas férreas con las cuales se comprueba la entrega de la mercancía. Según los citados documentos, que son tres, de quinientos (500) bultos cada uno y numerados así: 99978, 99997 y 99998, de fechas 24 y 28 de febrero, el cemento fue entregado en la Estación de Chinchiná; y las remesas canceladas, la primera por el señor Hernando Nieto, empleado de la Compañía Constructora, y las otras dos por el señor Augusto Salazar, quien desempeñaba el cargo de Almacenista de la misma Compañía. Además existe la remesa número 14363, cuyo contenido viajó hasta Manizales por orden que dio la Compañía Constructora, remesa que está firmada por el señor Augusto Salazar... Además se hace la siguiente observación: Para el doctor José Echeverri fueron despachados de Apulo dos mil (2.000) sacos de cemento, amparados por las remesas a debe Nos. 99930, 99935, 99979 y 14364, de fechas 14, 16 y 24 de febrero y marzo 4, cada una de a quinientos bultos, en los carros Nos. 20, 65, 19 y 23, habiendo pagado dicho doctor Echeverri el flete correspondiente a dos mil quinientos (2.500) sacos de cemento, o sea a cinco remesas de a quinientos (500) bultos cada uno... Los vagones números 16 y 19 llegaron a Pereira, procedentes de Armenia, el 27 de febrero a las 8 y 35 p. m., permanecieron en Pereira el día 28, y el 1º de marzo fueron despachados de Pereira a Chinchiná a las 6 a. m. en el tren de carga de esa fecha. Dichos vagones portaban cada uno quinientos (500) bultos de cemento. El carro número 16 venía aforado a la consignación de la Compañía Constructora, con remesa número 99978 —Apulo-Chinchiná— febrero 24, y el carro número 19 a la consignación del doctor José Echeverri con remesa número 99979 —Apulo-Chinchiná— de la

misma fecha. Estos dos carros permanecieron en los patios de la Estación de Chinchiná desde el 1º hasta el 4 de marzo, fecha en que fueron reaforados con destino a la estación de 'Rióclaro', para descargar en Montevideo, kilómetro 88, por el doctor Gonzalo Echeverri a la consignación del mismo bajo remesas números 42718 y 42717. No sé quién recibió el cargamento ni poseo detalles referentes a este asunto. Sobre advertir que el señor Hernando Nieto, empleado de la Compañía Constructora, canceló los férreos Apulo-Chinchiná, sin que el Ferrocarril pueda entrar en detalles de quién descargó o retiró el cemento, toda vez que con las remesas debidamente canceladas la Empresa comprueba la entrega de los cargamentos".

d) Y una inspección ocular con intervención de peritos, en la cual se tomó nota, al examinar los archivos del Ferrocarril de Caldas en Manizales, presentados por el Jefe de Reclamos señor Bonifacio Millán, de que las remesas 99979 (para José Echeverri) y 99978 (para la Compañía Constructora) fueron ambas reaforadas de Chinchiná para Rióclaro por el señor Gonzalo Echeverri a su orden (fs. 37 y 38 del cuaderno número 2).

Las demás pruebas aportadas por la parte demandante, o consisten en declaraciones extrajudicio que no fueron oportunamente ratificadas, o carecen de incidencia para la decisión de la litis.

Ahora bien. A la luz de los elementos probatorios a que antes se ha hecho referencia, más bien frágiles como medios de convicción, no es posible

para la Corte llegar a la conclusión de que la Compañía Constructora dejó de recibir del Ferrocarril de Caldas quinientos sacos de cemento de los dos mil que por su conducto se le habían remitido, en contra del recibo o constancia que aparece al pie de las cartas de porte correspondientes, con la firma de empleados de la empresa consignataria. Al contrario: como según las remesas, el cemento debía ser entregado a "Compañía Constructora—Gonzalo Echeverri", la circunstancia de que éste hubiera reaforado a Rióclaro los 500 bultos de la carta de porte número 99978 (f. 37 del cuaderno número 2), más bien deja una impresión desfavorable a la parte demandante, ya que ésta no pone en duda el recibo de los otros mil quinientos sacos de cemento: mil en Chinchiná y quinientos en Manizales.

FALLO:

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Manizales con fecha once de julio de mil novecientos cincuenta.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez — Agustín Gómez Prada — Rafael Leiva Charry — Jorge García Merlano, Secretario.

DURANTE EL JUICIO NO PUEDE VARIARSE EL OBJETO DE LA CONTROVER- SIA QUE SE HA DETERMINADO EN LA DEMANDA

Con la alusión que en el libelo se hizo a las pruebas del juicio, no podía pretenderse que en el curso de éste pudiera variarse sustancialmente la determinación del terreno dada en la demanda, desde luego que es en ella donde debe expresarse con precisión lo que se pide, y que, si se trata de un bien raíz, deben especificarse los linderos y demás circunstancias que lo den a conocer y lo distingan de otros (artículos 205 y 222 del C. J.).

De suerte que habiéndose constituido la relación procesal sobre la base de los linderos que aparecen en el libelo, es al terreno así determinado al que habrá de referirse la Corte para desatar el presente litigio, ya que la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones de la demanda (artículo 471 del C. J.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta (30) de abril de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Al iniciar el presente juicio ordinario contra la Nación, ante el Tribunal Superior de Barranquilla, los señores Lucas A. Nájera y Adelaida Nájera de Sourdís, por medio de apoderado, formularon las siguientes peticiones textuales:

"1ª Que pertenecen a la herencia del doctor Mateo Nájera O., en su condición de condueño, así como a los demás condueños, y en general a la comunidad de todos los condueños del globo pro indiviso conocido con el nombre de 'Carreto', situado en este departamento del Atlántico, municipios de Manatí y de Candelaria, constante de cuatro y media caballerías y alinderado según se expresa en los hechos de esta demanda, tanto el suelo como el subsuelo con sus petróleos, gases y demás hidrocarburos, en virtud de haber salido el terreno mencionado del patrimonio nacional antes del veintiocho (28) de octubre del año de 1873 y no haber vuelto a él por nulidad, caducidad, resolución u otra causa legal;

"1ª subsidiaria.—Que pertenecen a la herencia del doctor Mateo Nájera O., en su condición de condueño, así como a los demás condueños, y en general a la comunidad de condueños del globo de terreno denominado 'Carreto', los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en el suelo o en el subsuelo de dicho terreno, en virtud de lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 1º del Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia, adoptado para el Estado Soberano de Bolívar por medio de la ley 13 de 25 de septiembre de 1866 de este Estado;

"2ª subsidiaria.—Que pertenecen a la herencia del doctor Mateo Nájera O., en su condición de condueño, así como a los demás condueños, y en general a la comunidad de los condueños del globo pro indiviso de terreno llamado 'Carreto', los petróleos y demás hidrocarburos que en él se encuentren, en virtud de actos de explotación económica verificados sobre dicho terreno veinticinco años antes del veintiocho de octubre del año de 1873;

"3ª—Que la herencia del doctor Mateo Nájera O., en su condición de condueños, así como los demás condueños, y en general la comunidad de los condueños del globo pro indiviso llamado 'Carreto', tiene mejor derecho que la Nación no sólo al suelo y al subsuelo de dichos terrenos, en general, sino de manera especial al petróleo, gases y demás hidrocarburos subyacentes en dichos terrenos;

"3ª—Que no siendo baldíos los terrenos objeto de esta demanda ni haber sido adjudicados después de la reserva fiscal del año de 1873, no es tampoco de propiedad de la Nación el petróleo, gases y demás hidrocarburos que en aquéllos se encuentren, y no puede aquélla celebrar contratos para la exploración y explotación de tales petróleos sobre la base de ser de propiedad suya;

"4ª—Que, en consecuencia, cualquier contrato que la Nación celebre o haya celebrado para la exploración con taladro y explotación del petróleo nacional que se encuentre dentro de los linderos del globo de terreno referido es nulo o sin efectos de ninguna clase;

“5ª—Que en el evento de que la Nación haya celebrado algún contrato sobre exploración y explotación de los petróleos existentes en el todo o en parte del suelo y subsuelo de los terrenos mencionados, estará obligada a restituir a la herencia del doctor Mateo Nájera O., a los condueños, y, en general, a la comunidad de condueños del globo proindiviso denominado ‘Carreto’, todos los valores que por concepto de cánones superficiarios, regalías, indemnizaciones y otros que haya recibido desde la contestación de la demanda;

“6ª—Que en el mismo supuesto anterior, la Nación es responsable de todos los daños y perjuicios que sufra la herencia del doctor Mateo Nájera O., así como los demás condueños, y en general la comunidad de los condueños del globo proindiviso ‘Carreto’, con ocasión del cumplimiento de aquel contrato, en los terrenos precisados, en cuanto la Nación se haya aprovechado de ellos; y

“7ª—Que deben cancelarse todos los actos que se celebren o hayan celebrado por la Nación para contratar con cualquier persona natural o jurídica la exploración con taladro y la explotación de los petróleos, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el suelo o en el subsuelo de los terrenos pertenecientes a la herencia del doctor Mateo Nájera O. y demás condueños, y, en general, a la comunidad de condueños del globo proindiviso ‘Carreto’”.

En el libelo se expresó que los demandantes “obran en nombre de la herencia del doctor Mateo Nájera”, como sus herederos ab-intestato; y además se adujeron, como fundamento de las peticiones transcritas, los siguientes hechos:

a) El doctor Mateo Nájera O. era condueño en la comunidad del globo proindiviso denominado “Carreto”, situado en jurisdicción de los municipios de Candelaria y Manatí, del departamento del Atlántico (hecho 2º);

b) El Ministerio de Minas y Petróleos, por Resolución de fecha 13 de junio del año de 1944, aceptó la propuesta formulada por la Compañía Anglocolombiana de Petróleos para explorar con taladro y explotar el petróleo de propiedad nacional que se encuentre en un globo de 49.345 hectáreas, ubicado en los municipios de Candelaria, Manatí, Campo de la Cruz y Repelón, del departamento del Atlántico, como consta en el aviso publicado por tercera vez en el *Diario Oficial* número 25.594 de 15 de julio de 1944 (hecho 3º);

c) Dentro del terreno solicitado en concesión

de petróleo por la Compañía Anglo-colombiana de Petróleos, cuyos linderos aparecen en el aviso publicado en el *Diario Oficial*, se encuentra un globo de cuatro y media caballerías de tierra llamado “San José de Carreto” o simplemente “Carreto”, alinado así: “...desde la Poza de Santo Domingo, hasta coger el camino real o nacional de Sabanalarga, de aquí a la Poza de Palacín y de aquí a la Poza de Santo Domingo”. Y agrega el apoderado de los demandantes: “**protestando sobre estos linderos estarme a los mayores detalles que sobre los mismos aparezcan en la titulación que oportunamente será presentada**” (hecho 4º).

ch) El terreno antes mencionado salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, “como lo acredita el fallo proferido por el Juzgado de la Provincia de Sabanalarga fecha 6 de febrero de 1868 y confirmado plenamente por el Tribunal Supremo del Estado Soberano de Bolívar con fecha 18 de mayo del mismo año, fallos que se encuentran protocolizados en la escritura pública N° 621 de 14 de septiembre de 1909, otorgada ante el Notario Primero de este Circuito, que también se traerá al debate en el, término respectivo” (hecho 4º al final).

d) Las tierras de Carreto fueron objeto de transacciones entre particulares antes del 13 de octubre de 1821, y por este hecho quedaron amparadas por el artículo 14 de dicha ley (hecho 5º).

e) Asimismo las expresadas tierras de Carreto fueron objeto de actos de explotación económica o posesión real y efectiva por mucho más de veinticinco años antes de la vigencia del Código Fiscal de 1873 (hecho 6º).

Adelantado el asunto con audiencia del señor Fiscal 1º del Tribunal como representante de la entidad demandada, se puso término a la instancia por sentencia de fecha diez y ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, por medio de la cual se negaron las distintas peticiones del libelo, con fundamento en que no se había establecido que las tierras de “Carreto” hubieran salido del patrimonio del Estado, y además “por la poca o ninguna individualización que comportan al juicio los linderos expresados de las escrituras respectivas”.

De dicha sentencia apeló el apoderado de los demandantes, a virtud de lo cual subió el negocio a esta Sala de la Corte. Aquí se practicaron nuevas pruebas a petición de la parte actora, entre otras una inspección ocular con intervención de peritos, encaminada a identificar los lin-

deros de las tierras de Carreto, indicados así en el respectivo memorial: "Por el frente, sitio que nombran de Pueblo Viejo y con tierras que fueron del ayudante Melchor de la Serna (después de don Baltazar de Ortega y luego del Municipio de Manatí); de ahí, rodeando dichas tierras a espaldas de la Ciénaga de Palacín; de aquí buscando a la Poza de Santo Domingo; y de ahí siguiendo al otro frente a lindar con tierras de Tasajera (hoy Candelaria) y Ciénaga que nombran de Zábalo, hasta el sitio de Pueblo Viejo". Después formularon sus alegaciones los interesados. Y como ya están agotados los trámites de esta segunda instancia, se procede en seguida a dictar la decisión correspondiente.

El objeto de la controversia

En la demanda se dijo que las tierras de Carreto, sobre las cuales debían versar las declaraciones impetradas, tenían como linderos "desde la Poza de Santo Domingo, hasta coger el camino real o nacional de Sabanalarga, de aquí a la Poza de Palacín y de aquí a la Poza de Santo Domingo". Y agregó el apoderado de los actores **que sobre estos linderos se atenia a los mayores detalles** que aparecieran en los títulos que oportunamente serían presentados, con lo que sin duda se quiso indicar que el terreno podía ser susceptible de una especificación más pormenorizada, dentro de los linderos ya dichos.

Con la alusión a las pruebas del juicio, no podía pretenderse que en el curso de éste pudiera variarse sustancialmente la determinación del terreno dada en la demanda, desde luego que es en ella donde debe expresarse con precisión lo que se pide, y que si se trata de un bien raíz, deben especificarse los linderos y demás circunstancias que lo den a conocer y lo distingan de otros (arts. 205 y 222 del C. J.).

De suerte que habiéndose constituido la relación procesal sobre la base de los linderos que aparecen en el libelo, es al terreno así determinado al que habrá de referirse la Corte para desatar el presente litigio, ya que la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones de la demanda (art. 471 del C. J.).

Las pruebas

Fuéra de haberse acreditado que los demandantes son herederos del doctor Mateo Nájera O. (fs. 1, 10 y 11 del cuad. N° 2 y f. 6 del cuad. N° 4), estima la Corte que las demás pruebas aporta-

das a este juicio no son conducentes a demostrar los hechos sustanciales del libelo, pues aunque ellas se refieren a un terreno llamado "Carreto", este terreno es completamente distinto del que aparece individualizado en la demanda, como pasa a verse:

a) Por medio de las escrituras 140 y 96 de la Notaría de Sabanalarga, el doctor Mateo Nájera adquirió de Felicidad Pascuales y de Gregorio Sanjuanelo determinadas cuotas (una octava y una diez y seis avas partes, respectivamente) en un globo de tierra llamado Carreto, comprendido por los siguientes linderos: "Por el frente, sitio que nombran de Pueblo Viejo y con tierras que fueron del Ayudante Melchor de la Serna; de ahí, rodeando (cordillerando dice el inventario de la sucesión) dichas tierras a espaldas de la Ciénaga de Palacín; de aquí buscando la Poza de Santodomingo; y de ahí, siguiendo al otro frente, a lindar con tierras de Tasajera y Ciénaga que llaman de Zábalo" (fs. 2 a 6 del cuad. N° 2).

b) En el juicio de sucesión del señor Juan Evangelista Sanjuanelo, protocolizado por medio de la escritura N° 22 de 24 de febrero de 1905 de la Notaría de Sabanalarga, se adjudicó a sus herederos en determinada proporción —entre otros a Felicidad Pascuales y a Gregorio Sanjuanelo— el globo de tierra de "Carreto", exactamente por los mismos linderos indicados en el aparte precedente (fs. 48 a 68 del cuad. N° 4).

c) En el fallo del Juzgado de la Provincia de Sabanalarga de 6 de febrero de 1868, confirmado por el Tribunal Superior de Justicia del Estado Soberano de Bolívar con fecha 18 de mayo del mismo año, se declaró que las tierras de "Carreto" eran apropiadas y pertenecían al señor Juan E. Sanjuanelo, aunque sin indicarse expresamente sus linderos (fs. 26 a 27 del cuad. N° 4).

ch) En escritura de 1811 —a la cual se hace referencia en el fallo de 1868 del Juzgado de Sabanalarga— consta que Santiago Sayas vendió unas tierras en el sitio de Carreto al señor Eusebio Consuegra, por linderos sensiblemente iguales a los transcritos en el aparte a (f. 25 y v. del cuad. N° 4).

d) En otras tradiciones anteriores de dominio también aparecen las tierras de Carreto determinadas por los linderos de que se ha venido hablando, como resulta de los títulos protocolizados por medio de la escritura N° 621 de 14 de septiembre de 1909 de la Notaría Primera de Barranquilla (f. 7 v. y sig. del cuad. N° 4).

e) Dentro de la inspección practicada en esta

instancia se identificaron los siguientes puntos correspondientes a la alinderación que figura en los títulos: sitio de Puebloviejo, Ciénaga de Zábalo, Poza de Santodomingo y Ciénaga de Palacín (fs. 72 v. a 78 del cuad. N° 4). Y los peritos que intervinieron en la diligencia conceptuaron que el globo de tierra así delimitado estaba comprendido dentro de la propuesta N° 134 de la Compañía de Petróleos La Esmeralda de Colombia, pero nada dijeron en relación con el terreno particularmente deslindado en la demanda, el cual se le ha denominado con el mismo nombre de Carreto.

Así, pues, y de acuerdo con lo visto, las pruebas del proceso se refieren a un terreno distinto del que es objeto de la presente controversia, ya que en éste sólo figuran como puntos de referencia los llamados Poza de Santodomingo y Poza de Palacín; sin que se haya demostrado, por lo demás, que dentro del terreno de los títulos esté comprendido el que aparece determinado en la demanda, puesto que ni siquiera puede saberse si la otra indicación que aquí se da —“hasta coger el camino real o nacional de Sabanalarga”— queda a uno u otro lado de la línea Poza de Palacín-Poza de Santodomingo.

De consiguiente, la Corte no puede menos de concluir que las pruebas de este juicio no establecen o acreditan los hechos de la demanda.

Y sin más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia dictada en este negocio por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha diez y ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, con la expresa aclaración o advertencia de que esta decisión versa sobre el terreno de Carreto determinado en la demanda, o sea el que tiene por linderos: “desde la Poza de Santo Domingo, hasta coger el camino real o nacional de Sabanalarga, de aquí a la Poza de Palacín y de aquí a la Poza de Santo Domingo”.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Bájese el expediente.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín

Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge Gar-

cía Merlano, Secretario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, nueve de julio de mil novecientos cincuenta y dos.

Estudiadas las distintas peticiones que formula el apoderado de los demandantes en el precedente memorial, relacionadas con el fallo dictado por esta Sala con fecha treinta de abril del presente año, .

SE RESUELVE:

Primero. No es procedente la nulidad de dicho fallo, ya que la ley no ha instituido esta clase de recursos, y antes por el contrario, ha determinado que “la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado” (art. 482 del C. J.).

Segundo. Tampoco es procedente complementar el expresado fallo, pues en él no se dejó por resolver ninguna de las cuestiones planteadas, como quiera que al confirmar el del Tribunal de Barranquilla, quedaron definitivamente negadas todas las peticiones de la demanda; siendo de advertir, de otra parte, que si la Corte no hizo ninguna declaración sobre el terreno a que se refieren las pruebas, fue porque no llegó a establecerse que ese terreno hiciera parte del que fue especificado en el libelo, como quedó claramente establecido con la siguiente consideración:

“Así pues, y de acuerdo con lo visto, las pruebas del proceso se refieren a un terreno distinto del que es objeto de la presente controversia, ya que en éste sólo figuran como puntos de referencia los llamados **Poza de Santodomingo y Poza de Paladín**; sin que se haya demostrado, por lo demás, que dentro del terreno de los títulos esté comprendido el que aparece determinado en la demanda, puesto que ni siquiera puede saberse si la otra indicación que aquí se da —“hasta coger el camino real o nacional de Sabanalarga”— queda a uno u otro lado de la línea **Poza de Paladín-Poza de Santodomingo**”.

Tercero. Finalmente, la Corte no tenía por qué expresar en su sentencia qué acciones o derechos les quedaban a salvo a los demandantes; pero está bien aclarar que si allí se dijo que la decisión confirmatoria versaba “sobre el terreno de Carreto determinado en la demanda”, fue con el objeto de evitar toda duda que pudiera presentarse, y en vista de que en el fallo del Tribunal se habían transcrito los linderos de los títulos.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada—

Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis

Hernando Vargas, Secretario.

APENDICE

NOTA — Por el interés doctrinario, se publica este proyecto que no alcanzó a ser sentencia por haber desistido las partes.

El Relator.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Antecedentes

En libelo repartido al Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, el doctor A. A., hablando como apoderado especial de la señora X. V. de Z., promovió demanda ordinaria contra el Banco de H., el Banco de T., el Banco J. y el Banco de L., este último en su propio nombre y en el de M. N. para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Primera.—Que se declare nula, de nulidad absoluta, en lo que exceda de dos mil pesos (\$ 2.000) la donación que envuelve la renuncia que hizo la señora X. V. de Z. de hacer exigible y de cobrar preferentemente el crédito de doscientos cuarenta y cinco mil trescientos quince pesos con treinta centavos, que tenía contra la sociedad conyugal formada entre ella y su marido el señor N. Z.

Segunda.—Que como consecuencia de la declaración anterior se condene al Banco de H., al Banco de T., al Banco J., al Banco de L. y a M. N., representado este último por el Banco de L., a pagar a mi poderdante dentro del plazo que se fije en la sentencia definitiva, solidariamente, o, en subsidio, en las proporciones que en la misma sentencia se establezcan, la cantidad de ciento setenta y dos mil quinientos ochenta y un pesos con nueve centavos (\$ 172.581.09), o la cantidad que como valor de la citada donación se fije en tal sentencia o en su ejecución.

NOTA — Para llegar a la nombrada cantidad de \$ 172.581.09, en que estimo la cuantía de esta demanda, he hecho la siguiente operación aritmética: Según lo dicho en el hecho 11º, el pasivo del señor Z., excluyendo el crédito a favor de su señora, valía en ese momento la cantidad de \$ 309.958.61; de esto hay que deducir el crédito a favor del Banco A. A. por valor de \$ 5.784.50, que estaba garantizado con una hipoteca más que suficiente, y un crédito a favor del Banco de T. por valor de \$ 8.000.00, que se hallaba en las mismas condiciones, con lo cual resulta que los acreedores que se beneficiaron con la donación de que trata la presente demanda tenían créditos por un valor de \$ 296.174.11.

De esta cantidad deduzco la de \$ 57.307.61, valor de los créditos a favor de los señores X. X., V. V. y P. P. a quienes prescindo de demandar, de donde resulta que los demandados que se beneficiaron con la nombrada donación tenían créditos que valían \$ 238.866.50. Por otra parte, del crédito de \$ 245.313.30 a favor de la señora V. de Z. (hecho 6º), deduzco la cantidad de \$ 31.329.44 que recibió (hecho 18º), con lo cual queda el valor de dicho crédito en \$ 213.985.86. Por consiguiente, si acreedores con créditos por un valor de \$ 296.174.11 se beneficiaron en \$ 213.985.86, los acreedores cuyos créditos valían \$ 238.866.59 se beneficiaron en \$ 172.581.09.

Tercera.—Para el caso de que no prospere la petición anterior, en subsidio, solicito que se condene a las mismas personas nombradas en la petición anterior a rehacer, conjuntamente con mi poderdante, la liquidación verificada por motivo de la situación de insolvencia en que se hallaba el señor N. Z. en el año de 1932, y que se pague preferentemente a mi poderdante el crédito por la cantidad de doscientos trece mil novecientos ochenta y cinco pesos con ochenta y seis centavos (\$ 213.985.86) de que trata el hecho 6º de esta demanda, con la deducción a que se refiere el hecho 18º, o por la cantidad que se fije en la sentencia definitiva o en la ejecución de la misma, de acuerdo con las reglas que sobre prelación de créditos establece el Código Civil.

Cuarta.—Que como consecuencia de cualquiera de las dos declaraciones anteriores que llegue a prosperar, se condene a las mismas personas nombradas en la petición **Segunda** a pagar a mi poderdante, solidariamente o en las proporciones que se establezcan en la sentencia definitiva, los intereses legales correspondientes a las sumas a que se les condene según las peticiones anteriores, desde el día 30 de septiembre de 1932, o desde la fecha o fechas que se establezcan en la sentencia, hasta el día en que el pago se verifique.

Quinta.—Que en el caso de que se opongan los demandados a que se hagan las declaraciones anteriores se les condene en costas.

En relación con las peticiones de esta demanda, aclaro que la condenación de M. N. debe hacerse ya a nombre de este Banco representado por el Banco de L., ya directamente a nombre de este último como cesionario de todos los derechos y obligaciones de aquél, de acuerdo con lo que acepte el Banco de L. sobre la forma como asumió las obligaciones de M. N.

Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda están expuestos en diez y ocho puntos que pueden sintetizarse así: durante el matrimonio de la demandante con el señor N. Z., contraído en el año de 1905, aquélla recibió las herencias de sus padres. Durante la vigencia de la sociedad conyugal la señora V. de Z. vendió varios inmuebles cuyo valor, sumado al del resto de los bienes heredados, constituía un crédito privilegiado a favor suyo y en contra de la sociedad conyugal por la suma de \$ 245.315.30. A fines del año de 1931, el señor N. M., por razón de la crisis económica que sufría el país desde 1929, se vio obligado a suspender el pago de numerosas obligaciones contraídas por él en el desarrollo de sus negocios, y acordó con sus acreedores traspasar al Banco de H., a título de encargo fiduciario, todos sus bienes y los de la sociedad conyugal formada con su esposa, para que esa entidad los vendiera y pagara con su producto a los acreedores de dicho señor Z., a prorrata del valor de sus créditos. La escritura correspondiente, otorgada en septiembre de 1932, fue suscrita y aprobada en todas sus partes por la señora V. de Z. Enajenados todos los bienes de tal caballero y de la sociedad conyugal, no quedó remanente alguno para pagar a la conyuge, en todo o en parte, el crédito existente a su favor.

Como consecuencia del fuerte pasivo que venía afectando el balance del señor Z. y de la situación ya descrita, era notorio que durante aquella época el nombrado señor se encontraba en estado de insolvencia. Sin embargo, para facilitar a terceros acreedores el pago de las obligaciones a cargo de su marido, la señora V. de Z. renunció al derecho que tenía a hacer exigible el crédito a su favor, y a cobrarlo preferentemente; es decir, a que se le pagara antes de satisfacer las otras deudas de su esposo, que sólo en parte proporcionalmente muy pequeña estaban garantizadas con cauciones reales. La renuncia de tales derechos y privilegios la hizo a título gratuito, sin haber sido insinuada como correspondía, en atención a su valor.

Posteriormente el señor Z. adquirió algunos bienes, y disuelta que fue la sociedad conyugal por muerte de él, ocurrida en 1940, en la liquidación correspondiente se le pagó a la demandante la suma de \$ 31.329.44, a cuenta del crédito.

Sentencia de primer grado

Admitida y debidamente sustanciada la demanda, el juez del conocimiento la decidió en sentencia de 14 de agosto de 1947, por medio de la cual absolvió a los demandados y condenó en costas al demandante.

La sentencia recurrida

En desacuerdo con tal proveído la parte actora apeló ante el Tribunal Superior de Bogotá, el que cerró la segunda instancia con la sentencia de 2 de marzo de 1949, por la cual confirmó la absolución a los demandados y revocó la condena en costas a la parte actora.

En sus alegatos ante el Tribunal la demandante aclaró que no había renunciado al crédito sino al privilegio, y que así como se debía entender hecha la donación a los terceros acreedores de la sociedad conyugal y de su marido.

Dice el Tribunal en la parte fundamental de sus considerandos: "La **causa de pedir** se configura y expresa en los apartes 14º, 15º y 16º de los hechos de la demanda, en el sentido de sostenerse que la señora V. de Z. renunció al derecho que tenía de hacer exigible el crédito que tenía contra la sociedad conyugal y a cobrarlo preferentemente, es decir, a que se le pagara antes de satisfacerse las deudas del señor Z. que no estuvieran garantizadas con cauciones reales, renuncia que verificó a título gratuito y que, según la demanda, constituye una **donación** que valía

más de dos mil pesos, por lo que requería para su validez del requisito legal de la insinuación.

"En el resumen de sus alegaciones orales hechas en la audiencia pública, el señor vocero de la parte actora concretó en los siguientes términos los extremos fundamentales de esta controversia:

"La señora V. de Z. tenía un crédito **privilegiado** a su favor y a cargo de la sociedad conyugal, por valor de \$ 245.315.30; el **privilegio** que le daba la ley para cobrar preferentemente ese crédito fue renunciado por ella; tal renuncia constituye una donación; los donatarios de ella fueron los acreedores de don N. Z.; y tal donación es nula por falta de insinuación.

"Se examina en orden lógico:

"a) Existencia condicional del crédito.

"Según lo visto en el capítulo anterior, está probado que antes del mes de septiembre de 1932 la esposa señora X.... recibió a título de herencia bienes inmuebles y muebles y que vendió dos de aquellos inmuebles. El valor de la venta de esos inmuebles entró a la sociedad conyugal (artículo 1781, 3º del C. C. y 1797 ibidem), que se convirtió en deudora de esa cantidad; lo mismo ocurrió con el valor de los muebles heredados por la expresada esposa (artículo 1781, 4º del C. C.).

"Pero esa deuda o crédito pasivo, cualquiera que fuese su monto, no era **exigible** de la sociedad conyugal y menos del marido, porque la sociedad conyugal estaba vigente e ilíquida y, por lo mismo, no podía saberse entonces si los bienes sociales alcanzaban para pagar a la cónyuge el valor de sus deducciones y compensaciones, para recurrir, en su defecto, a pagarlas con los bienes propios del marido. Ello sólo podía saberse al liquidar la sociedad conyugal.

"b) El crédito no gozaba del privilegio establecido en el numeral 3º del artículo 2502 del Código Civil.

"Cuando ocurrieron los hechos en examen, el marido señor Z. era el jefe de la sociedad conyugal Z-V. y como tal administraba libremente los bienes sociales y los de su mujer (artículo 1805 del C. C.). Por consiguiente, mientras subsistió esa sociedad conyugal, todos los bienes de la señora X.... cuya administración correspondía por ley a su esposo, continuaron en poder de éste, que tenía derecho para conservarlos en su poder. La esposa no podía exigir el pago de sus

bienes ni el de los saldos, precios o recompensas, sino una vez disuelta y liquidada la sociedad conyugal, porque de acuerdo con el régimen legal vigente es esa la oportunidad en que la mujer puede reclamar los bienes cuya administración tiene el marido y pedir el entero de su haber. Mas, pendiente la sociedad conyugal como lo estaba, la esposa doña X. nada podía exigir entonces de su marido ni éste tenía la obligación de restituírle ni sus bienes propios, ni el pago de los saldos, precios o recompensas. Y si ello era así, ningún **privilegio** tenía ni podía invocar la esposa, porque éste debe ser inherente a un crédito actualmente exigible del deudor, o sea, en el caso de estudio, al derecho de la mujer para reclamar los créditos por los bienes de su propiedad que administra el marido, derecho que sólo nace a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, según atrás se dijo. Es que en razón de las extensas facultades que el marido posee sobre la comunidad, se considera ésta confundida con el patrimonio de aquél, en forma que todo acreedor que tenga acción contra el marido la tiene también contra la comunidad, de manera que el pasivo **personal** del marido se encuentra reducido a casi nada, durante la vigencia de la sociedad, puesto que la ley lo refiere sólo a una causa de deber anterior al matrimonio (artículo 1796, 2º del C. C.). En cambio, el principio general es el de que todas las obligaciones contraídas o nacidas en la persona del marido, durante el matrimonio, son de cargo de la comunidad conyugal. Aceptar el nacimiento del privilegio establecido en el ordinal 3º del artículo 2502 durante la vigencia de la sociedad conyugal equivale, en opinión de esta Sala, a desconocer la institución de orden público civil denominada **potestad marital** sobre "los bienes de la mujer" (artículo 177 del C. C.) y la dirección y jefatura del marido en la administración de los mismos que le otorgan los artículos 180, 1805 y concordantes del C. C.

"Por lo demás, huelga decir que en este pleito no juega el principio consignado en el artículo 2º de la Ley 28 de 1932 porque éste no regía aún en la fecha de la escritura de traspaso número 2005.

"(Anota el tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez en su estudio sobre "Prelación de Créditos" que la jurisprudencia chilena ha resuelto la cuestión en ese sentido y el señor Fernando Vélez cita una sentencia del Tribunal de Medellín de 1900 que decidió en el mismo sentido. Tomo IX, número 379).

"c) Sentado, pues, que no existía privilegio o

preferencia de ningún género a favor de la esposa con respecto a los acreedores de don Jaime, mal puede aceptarse que mediante las cartas cruzadas entre el señor Z. y el señor Gerente del Banco de H., ni a consecuencia de haberse abstenido la señora de ejercitar el derecho de separación de bienes, ni de haber hecho la expresa declaración de que nada tenía qué objetar y que aprobaba la entrega de todos los bienes del marido y de la sociedad con destino al pago de los acreedores, haya hecho la señora demandante remisión o renuncia de ese privilegio, porque faltando el objeto de la renuncia no pudo tener lugar ella.

“De otro lado, la Sala no advierte la intención liberal, el **animus donandi**, en los actos de la señora de Z. en que se hace consistir la pretendida renuncia o remisión del supuesto privilegio. En la carta de 2 de febrero de 1932 (fl. 67) dice don N. al señor Gerente del Banco de H.: “O sería posible que yo les traspasara todos mis bienes, **en dación en pago** (se subraya), exceptuando únicamente los muebles y cosas de uso personal, siendo entendido que mi señora **renuncia**, de una manera absoluta, a **cualquier derecho** que le pueda corresponder legalmente en mis bienes por razón de las herencias de sus padres en el balance que les he presentado”. Y en la escritura 2005 declara la señora X. de Z. que consiente en la enajenación que de los bienes de la sociedad conyugal hace su esposo y que ella misma enajena las acciones de que atrás se hizo mérito, “para que se liquiden y solucionen los créditos a cargo de su marido y de la sociedad conyugal... y a favor de los acreedores que constituyeron el Comité formado por la escritura pública número ochocientos treinta y dos...”.

“Estas declaraciones y el haberse abstenido la señora X. de provocar la separación judicial de bienes ante la insolvencia de su esposo y la liquidación consiguiente de la sociedad conyugal, indican sin lugar a duda que lo que tuvo en mira la referida cónyuge al ejecutar esos actos fue realizar un pago por su marido deudor, en los términos del artículo 1630 del Código Civil, y nunca obsequiar sus bienes a los Bancos.

“Y como la parte actora funda precisamente la existencia de la donación que alega en la existencia y el abandono del pretendido privilegio, con ánimo de simple liberalidad, resulta desquiciado ese soporte artificial, pero necesario para los fines que persigue la demanda.

“d) Tampoco ha podido entender la Sala falladora por qué, en caso de haberse configurado el

contrato de donación, los **donatarios** han de ser los acreedores del marido, o sea, los Bancos demandados. De acuerdo con los principios enunciados en el punto b) de esta fundamentación, quienes en definitiva estaban llamados a responder por el crédito o créditos de la señora X. eran el patrimonio social y, en subsidio, el del marido, al liquidarse la sociedad.

“Así que, en la hipótesis de que estuviera configurado en autos el contrato de donación que es materia del litigio, habría de estudiarse y decidirse luego, en primer plano, si la relación jurídico-procesal está debidamente trabada entre la donante, que en todo caso sería la señora X., y el **donatario** o donatarios, que debían haberse beneficiado a título gracioso y no a título de acreedores con derecho perfecto a las prestaciones que por esos hechos recibieron. Si hasta este terreno hubiera de llegarse en el presente fallo, surgiría de bulto la cuestión de la ineptitud sustantiva de la demanda por haberse dirigido ella contra diversas personas de las obligadas a responder como donatarios en la acción de nulidad, excepción de carácter sustantivo y perentorio que obligaría a la Sala a reconocerla y a fallar el pleito en consonancia con ella.

“En resumen: desaparecido el fantasma del privilegio coexistente con el contrato de traspaso de bienes, la tesis de la donación cae como castillo de naipes y la transmisión de valor sin contraprestación no puede predicarse ya respecto de acreedores reales que tenían legítimo derecho a las prestaciones recibidas por virtud de ese traspaso o transmisión de valores”.

El recurso

La parte actora interpuso contra el fallo del Tribunal recurso de casación, que al cabo de su trámite legal se decide en esta sentencia.

Los textos legales que el recurrente considera infringidos son los artículos: 177, 180, 200, 1139, 1143, 1443, 1454, 1455, 1458, 1530, 1553, 1555, 1626, 1630, 1740, 1741, 1746, 1781, 1805 y concordantes, 1806, 1829, 2317, 2493, 2494 y 2502 del C. Civil, y artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

Se estudiarán los cargos en el orden en que han sido propuestos.

Primer cargo.—Tiene por objeto demostrar que a consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar el monto del crédito, la sentencia violó, por infracción directa, el artículo 1781 del Código Civil en sus ordinales 3º y 4º,

pues a virtud de tal equivocación el fallador de segunda instancia "entendió que a la sociedad sólo habían entrado **parte** del dinero y **parte** de los muebles y que ella, por lo tanto, solamente quedó obligada a restituir **parte** de esas cosas y no el todo".

En números, el cargo se concreta así: "El Tribunal reconoce la **existencia** de un crédito a cargo de la sociedad conyugal y a favor de la actora, pero en las siguientes condiciones: Por el valor de dos inmuebles adquiridos por ella a título gratuito y enajenados durante la existencia de la sociedad conyugal por las cantidades de \$ 22.382.575 y \$ 42.685.68, las cuales, dice la sentencia, suman \$ 75.068.25 ½, aunque en realidad sólo suman \$ 65.068.25 ½; por la cantidad de \$ 55.452.556, correspondientes al valor de bienes muebles heredados de su padre; y por la de \$ 855.13, como valor de bienes muebles heredados de su madre.

"El error manifiesto de hecho aparece de la simple lectura de la escritura número 2666 de 16 de diciembre de 1930, Notaría Cuarta (fls. 229 vto. y ss.), según la cual los **inmuebles** que doña X. heredó de su madre sólo valían \$ 855.13, en tanto que el valor de los **bienes muebles** y del **dinero** ascendían a \$ 124.794.49, o sea, la cantidad de \$ 125.649.62 como valor total de la hijuela.

"El Tribunal indica erradamente la cantidad de \$ 855.13 como valor de los **muebles** y la de \$ 125.649.62 (valor total de la hijuela) como el de los **inmuebles**.

"El valor del crédito a favor de la actora y a cargo de la sociedad conyugal era, pues, como se dice en la demanda, de \$ 245.315.30, que corresponde a la suma de las siguientes cantidades: \$ 65.068.255, valor de los **inmuebles vendidos**; \$ 55.452.556, valor de los **muebles** heredados de su padre; y \$ 124.794.49, valor de los **muebles** heredados de su madre".

Se considera:

Los errores del Tribunal consisten en que le dio calidad de inmuebles a los bienes muebles que la señora V. de Z. heredó de su madre, incorporando además en el valor de aquéllos el correspondiente a éstos. Así disminuyó considerablemente en sus cálculos la cuantía del crédito fijado en la demanda. Por otra parte, incurrió en error aritmético al aumentar el valor de venta de los inmuebles que la demandante recibió a tí-

tulo gratuito y vendió durante el matrimonio, y que representaba de tal modo un crédito contra toda la sociedad conyugal.

El error en la apreciación del monto del crédito habría podido determinar la infracción del artículo 1781 del Código Civil en sus ordinales 3º y 4º si las conclusiones del Tribunal hubiesen sido favorables, en todo o en parte, a las peticiones de la demanda. Pero negadas como fueron éstas, los cálculos del Tribunal respecto a la cuantía del crédito —que para nada influyeron en la sentencia— constituyen apenas especulación inocente y sin objeto.

Segundo cargo.—Se encamina a demostrar que el Tribunal erró al afirmar que el crédito no era exigible, violando así, por infracción directa, el artículo 1553, ordinal 1º, y los números 200, 1143, 1530 y 155 del Código Civil, que no fueron aplicados al pleito, debiendo serlo.

Apoyado en estos artículos, en citas fragmentarias de la obra de don Fernando Vélez pertinentes al caso, y en un concepto del doctor Arturo Tapias Pilonieta, sostiene el recurrente: 1º Que el crédito de una mujer casada contra la sociedad conyugal o su marido es a plazo y que la insolvencia de éste lo hace automáticamente exigible, según los artículos 1553 y 200 del Código Civil, no siendo necesaria por consiguiente, la previa disolución de la sociedad conyugal; 2º Que se aplica a las convenciones lo dicho en el Código sobre asignaciones testamentarias a día, y que la asignación desde día cierto pero indeterminado es a plazo si no se ha establecido **intuitu personae creditoris**.

Este cargo se reduce fundamentalmente a sostener la tesis de que los créditos de la mujer casada contra la sociedad conyugal, bajo el régimen anterior a la Ley 28 de 1932 se hacen exigibles por el simple hecho de la insolvencia de la sociedad conyugal y del marido deudores, sin que sea necesario obtener previamente la liquidación de la sociedad conyugal.

El Tribunal, sobre el particular consideró que el crédito de la señora V. de Z. contra la sociedad conyugal y contra su marido, no era exigible "porque la sociedad conyugal estaba vigente e ilíquida, y por lo mismo no podía saberse entonces si los bienes sociales alcanzaban para pagar a la cónyuge el valor de sus deducciones y compensaciones, para recurrir, en su defecto, a pagarlas con los bienes propios del marido".

La Corte observa: Que bajo el régimen patrimonial en el matrimonio anterior a la Ley 28 de 1932, durante la vigencia de la sociedad conyugal tenía lugar la confusión de patrimonios en cabeza del marido, debido a las amplias facultades administrativas e incluso dispositivas, otorgadas a éste por la ley tanto respecto de sus bienes propios como de los pertenecientes a su cónyuge y a la sociedad, y a la incapacidad atribuida por la misma ley a la mujer para ejecutar por sí misma cualquiera clase de actos jurídicos. En atención al sistema de prerrogativas establecidas a favor del esposo y de inhabilidades impuestas a la mujer casada durante la vigencia de la sociedad conyugal, y a la comunidad de bienes que se producía **ipso facto** al celebrarse el matrimonio, según la legislación imperante hasta el 1º de enero de 1933, dijo la Corte en Casación del 20 de octubre de 1937 que la mujer estaba "inhibida para celebrar ningún acto jurídico, ni aún relacionado con sus bienes propios (salvo contadas excepciones como testar), sin la autorización del marido o de la justicia en subsidio". Las disposiciones pertinentes citadas en el fallo corresponden a los artículos 181, 182, 188, 189, 190 y 192 del Código Civil.

En todos los países que han acogido o permitido el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio, surge como nota característica la carencia del derecho a pedir la división mientras dure el matrimonio y no se verifique la separación personal de los esposos, o el marido incurra en actos de mala administración que lo descalifiquen para el manejo del peculio común. Son condiciones generales y sobresalientes de este tipo de ordenación de la vida patrimonial entre cónyuges, dondequiera que se ha establecido, la facultad conferida al marido de administrar los bienes sociales y la incapacidad de la mujer para comparecer en juicio como actor o como demandado en orden a las acciones concernientes a la sociedad conyugal. Peculiaridades todas que hallan su justificación en el fin mismo de la comunidad, en la indisolubilidad del vínculo matrimonial, en la cualidad de cabeza y guía de la familia, propia del esposo. Se ha creído ver en esta forma de comunidad plena la manera de fundir en una todas las fuerzas patrimoniales de los cónyuges, predestinada a procurar el bienestar de la familia. Por todas estas circunstancias, sólo en casos expresamente determinados en la ley es posible a la esposa solicitar la división, la cual no se decreta sino mediante cuidadoso conocimiento de causa, pues con la separación de bienes se rompe la unidad de dirección

a que responde la autoridad marital y desaparecen la cohesión y la cooperación que deben tener y realizar las fuerzas patrimoniales del marido y la mujer. Durante la comunidad los cónyuges son pues, titulares de las cuotas o derechos patrimoniales en la indivisión, pero la mujer no puede pedir la conversión de ideales en reales, porque ello equivaldría a disolver la comunidad, que salvo expresa disposición legal debe mantenerse mientras subsista el vínculo matrimonial. El fin natural y normal de esta comunidad es la disolución del matrimonio, o sea la muerte de uno de los cónyuges o el divorcio vincular donde existe. Excepcionalmente este fin puede ocurrir por la separación judicial de los bienes. La muerte extingue con las relaciones personales las patrimoniales. Con la disolución se realiza, se hace efectivo, el derecho pleno y absoluto de cada cónyuge en su propia cuota o crédito contra la comunidad, porque aquélla implica, en efecto, la división del patrimonio común y la transformación de las cuotas o créditos de ideales en reales, de indeterminados en ciertos. Es entonces cuando se separan las cosas que sean de la propiedad particular de los cónyuges, y cada cual adquiere su parte en el haber común, deducidos también los créditos de los terceros contra la comunidad o la sociedad, para darle a estos términos el significado sinónimo que corresponde al caso. Cuando la masa común no bastare a satisfacer dichos créditos, responderán subsidiariamente los cónyuges con sus bienes particulares porque la cuota real de cada uno en la comunidad se traduce en tal caso en pasivo. Pero la mujer (o sus herederos) que por causa de esta emergencia sufran algún perjuicio, tendrán acción de reembolso sobre los bienes particulares del marido.

En los términos anteriores quedan expuestos el principio y fin, el sentido y alcance del régimen de comunidad patrimonial en el matrimonio, tal como lo reglamentan las leyes que lo han adoptado o han dejado en libertad a los contrayentes para sujetarse a él mediante estipulaciones contractuales. Como se aprecia fácilmente, sus notas comunes, sus aspectos esenciales más importantes, lo identifican con el que entre nosotros estuvo en vigor hasta fines de 1932. Dice nuestro Código Civil que no habiendo ley exactamente aplicable al caso controvertido ni leyes que regulen casos o materias semejantes, debe acudirse a los principios generales del derecho, en los cuales encuentra el juzgador libertad de investigación. Buscar analogías en la legislación de los países que han inspirado la nuestra, es en tal situación

lo conducente. Y en las fuentes consultadas aparece de manera general y explícita la prohibición a los cónyuges de pedir la solución de sus créditos contra la comunidad formada por ellos, mientras ésta no se haya disuelto. Norma constante, apoyada en el propósito de velar por el interés superior de la familia, de mantenerla congregada, de conservar la unidad patrimonial como núcleo fundamental de la sociedad conyugal.

Volviendo concretamente al caso en examen y a su conexión con la ley nacional, no se ve cómo pudiera la mujer exigir del marido el pago de sus créditos, estando vigente la sociedad conyugal, cuando para hacerlo necesitaba autorización de su esposo o de la justicia en subsidio, como en la sentencia atrás citada lo expuso la Corte. Si el marido no tenía la obligación de restituir a la mujer parte alguna de los bienes de ésta, y ella carecía de derecho para exigir tal entrega mientras la sociedad existiese, no encuentra apoyo en la legislación anterior a 1933 ni en los antecedentes jurisprudenciales respectivos, la afirmación de que sí podía la cónyuge solicitar el pago de sus créditos durante la vigencia de la sociedad conyugal. Si no bastaran los textos de la ley nacional ni los principios en que se basaba nuestro régimen patrimonial en el matrimonio, —que han sido expuestos al hacer referencia a la legislación europea y chilena sobre la materia—, razones de carácter práctico inducen a sostener que mientras no se realice la liquidación de la sociedad conyugal constituida al viejo estilo y se conozca su verdadera situación, es imposible ejercitar el privilegio propio de los créditos de la mujer, que consagra el ordinal 3º del artículo 2502 del Código Civil. Por las razones anteriores la Corte acoge el concepto del Tribunal al respecto.

No se violó, en consecuencia, el artículo 1553, ordinal 1º, del Código Civil, que autoriza para exigir el pago de la obligación antes de expirar el plazo al deudor constituido en quiebra o que se halle en notoria insolvencia, porque en el caso en examen dicho pago tenía que reclamarse mediante el procedimiento previo de liquidar la sociedad conyugal. Ni se violaron los artículos 1143 y 1555 del Código Civil, conforme a los cuales el crédito “desde día cierto pero indeterminado es condicional y envuelve la condición de existir el asignatario en ese día”. No hubo infracción de estos preceptos porque el Tribunal no está desconociendo el carácter condicional del crédito de la señora V. de Z., sujeto para su exigibilidad a la llegada del día cierto pero indeterminado de la di-

solución de la sociedad conyugal, sino que se limita a afirmar precisamente que mientras la disolución de la sociedad conyugal no ocurra, el crédito de la mujer casada contra aquélla no se hace exigible. En verdad el artículo 1143 es completamente ajeno al caso del crédito de la mujer contra la sociedad conyugal o el marido, porque esta norma se refiere a la condición suspensiva que impide el nacimiento del derecho mientras no llegue el día cierto pero indeterminado, y de ahí que envuelva la condición de existir el asignatario en ese día; en cambio, el crédito de la mujer existe desde el momento en que la sociedad conyugal recibe los bienes de aquélla, sujeta a la compensación legal, y la existencia de la mujer a la llegada del hecho cierto pero indeterminado de la disolución de la sociedad conyugal no es necesaria ni siquiera para la exigibilidad del crédito; esto es así ya que, precisamente, la muerte de la mujer puede haber sido la causa de la disolución de dicha sociedad. Por consiguiente, no se comprende por qué se alega la violación de este texto.

Tampoco tiene razón el recurrente cuando acusa la sentencia del Tribunal por violación del artículo 200 del Código Civil, porque ese texto se limita a disponer que constituye causal para que el juez decrete la separación de bienes, la insolvencia o administración fraudulenta del marido; pero en ninguna forma dice tal artículo que sin necesidad de esa separación de bienes y de la consiguiente disolución de la sociedad conyugal, pueda la mujer, por el solo hecho de la insolvencia del marido, exigir el pago de sus créditos. Si alguna conclusión se deduce del citado mandato legal, es exactamente la contraria, o sea que la insolvencia del marido únicamente da derecho a la mujer para solicitar la separación de bienes que implica la disolución de la sociedad conyugal; cumplido este objeto, y sólo entonces, será cuando pueda como corolario natural, hacer valer tales créditos.

Por otra parte, si bien es cierto que el Tribunal ha puesto en su sentencia un subtítulo con la denominación “Existencia condicional del crédito”, en realidad lo que dice el Tribunal en esa parte es que a fin de saber “si los bienes alcanzaban para pagar a la cónyuge el valor de sus deducciones y compensaciones, y recurrir, en su defecto a pagarlas con los bienes propios del marido”, era necesario liquidar previamente la sociedad conyugal. Es decir, el Tribunal somete el derecho a exigir el cobro de la obligación, a la condición ineludible de que la liquidación de la sociedad sea ya

un hecho cumplido. Puesto que es al contenido de la tesis expuesta a lo que debe estarse en ese particular, ninguna importancia tiene la inadecuada redacción del subtítulo mencionado. En consecuencia, tampoco puede prosperar la acusación de haberse violado por infracción directa el artículo 1530 del Código Civil, el cual se limita a definir lo que se entiende por obligación condicional. En todo caso, este punto nada tiene que ver en la solución del litigio, ya que, como se ha establecido, aún reconociéndole el carácter de obligación a día cierto pero indeterminado, el crédito de la señora V. de Z. no podía cobrarse sin previamente liquidar la sociedad conyugal. Esta es en el fondo la tesis central del fallo del Tribunal, que acoge la Corte.

Don Fernando Vélez, a quien cita el recurrente, por vía de simple información expone algunas opiniones respecto al momento en que sean exigibles los créditos de la mujer contra la sociedad conyugal, pero de hecho no se muestra concluyente en favor de ninguna de ellas.

En el concepto emitido por el doctor Arturo Tapias Pilonieta a solicitud del recurrente, se encuentra esta observación: "Si la preferencia no pudiera alegarse por la mujer antes del Decreto de disolución de la sociedad conyugal, el privilegio sería prácticamente inoperante, dado que mientras se resuelve el respectivo juicio de separación y liquidación en el cual puede surgir la oposición del marido, los demás acreedores habrán absorbido el patrimonio social". Las anteriores apreciaciones del ilustre jurista pecan por olvido de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (artículos 800 a 802) que autorizan al juez para decretar de plano la separación y tomar las medidas preventivas necesarias, que imposibilitan a los demás acreedores para obtener posteriormente el embargo y secuestro de los mismos bienes. No obstante, si los acreedores inician los juicios ejecutivos o el de concurso antes de formular la mujer la demanda de separación de bienes, el trámite especialmente corto de este procedimiento le proporciona la oportunidad de hacer valer su privilegio en concurrencia con aquellos, disuelta ya la sociedad conyugal.

En tal virtud, se rechaza este cargo.

Tercer cargo. En este cargo se acusa la sentencia del Tribunal por violación de los artículos 1829 y 1806 del Código Civil, con pretexto de que el Tribunal puso en duda el estado de insolvencia de la sociedad conyugal, desconociendo las

pruebas que acreditan dicho estado, especialmente el dictamen pericial rendido por los doctores Carlos Lleras Restrepo y Rafael Escallón. Por ello se señalan también como violados los artículos 721 y 722 del Código Judicial que reglamentan la prueba pericial.

Se considera:

El recurrente fundamenta las mencionadas acusaciones en el mismo párrafo de la sentencia, citado para los efectos del cargo 2º, atrás transcrito. Observa la Sala, que en dicho párrafo el Tribunal se limita a manifestar que estando vigente e ilíquida la sociedad conyugal "no podía saberse entonces si los bienes sociales alcanzaban para pagar a la cónyuge el valor de sus deducciones y compensaciones, para recurrir en su defecto, a pagarlas con los bienes propios del marido". Por consiguiente, es claro que el Tribunal no se refiere a la situación de la sociedad conyugal respecto de la totalidad de sus acreedores, —lo que constituye el estado de solvencia o insolvencia de la sociedad—, sino exclusivamente a su capacidad para cubrir el valor del crédito de la cónyuge señora V. de Z., cosa muy diferente. En cambio, en otros apartes del mismo fallo el Tribunal acepta en forma expresa que el estado de insolvencia del deudor señor Z. fue coetáneo al acto del otorgamiento de la escritura 2005 de septiembre 30 de 1932, y acoge el dictamen de los peritos doctores Carlos Lleras Restrepo y Rafael Escallón, como prueba idónea para acreditar suficientemente el aludido estado de insolvencia.

El cargo, en consecuencia falla por sustracción de materia. Además, el Tribunal no niega la existencia del crédito aunciando no encontró debidamente comprobada la cuantía que se le señala en la demanda. Manifiesta sí que no podía exigirse su pago sin la previa disolución de la sociedad conyugal, y este concepto lo acoge la Corte plenamente, como se dijo al examinar el cargo anterior.

Cuarto cargo. Consiste en la violación, por interpretación errónea e infracción directa, de los artículos 2493, 2494 y 2502, ordinal 3º, del Código Civil, atribuyéndole al Tribunal la afirmación de que el crédito no gozaba de privilegio. La proposición sostenida por el recurrente en este punto es la de que el privilegio es inherente al crédito, el cual nace en el momento mismo en que

la sociedad recibe los bienes muebles o el valor de los inmuebles vendidos, pertenecientes a la mujer, y que otra cosa es que el crédito no sea exigible sino a la disolución de la sociedad conyugal. En tales términos, "la renuncia de un privilegio, lo mismo que la validez o nulidad de tal renuncia, son absolutamente independientes del hecho de que el crédito a que tal privilegio accede sea exigible o no lo sea".

Se considera:

Evidentemente, el Tribunal en el aparte b) del capítulo sobre "La cuestión litigiosa", dice que en el momento de suscribirse el encargo fiduciario al Banco de Colombia, el crédito de la señora X. no existía ni gozaba consecuencialmente del privilegio establecido en el numeral 3° del artículo 502 del Código Civil, en razón de que la sociedad conyugal se encontraba vigente.

Estima la Corte que el Tribunal erró al confundir el nacimiento y existencia del crédito con su exigibilidad, y la vigencia de su carácter privilegiado con el derecho a hacer valer tal privilegio. Es decir, el crédito surgió a favor de la cónyuge desde el momento en que la sociedad conyugal recibió el valor de las ventas de los bienes raíces propios de aquélla, y dicho crédito tenía desde entonces el carácter de privilegiado al tenor del artículo 2502, ordinal 3°. En esto tiene razón el recurrente. Cosa distinta es que ese crédito no pudiera exigirse, haciendo valer el privilegio que le reconoce la ley, sino una vez disuelta la sociedad conyugal.

No obstante lo anterior, cree la Corte que el error del Tribunal en esta apreciación, no altera los resultados del fallo de segunda instancia, ya que lo importante era resolver sobre la pretendida exigibilidad del crédito, y sobre la existencia misma de la donación.

Quinto cargo. Busca apoyo en la circunstancia de que el Tribunal erró en la apreciación de la naturaleza y alcance del privilegio, y así el recurrente considera violados por interpretación errónea e infracción directa, los artículos 177, 180 y 1805 del Código Civil. Para el efecto transcribe el siguiente párrafo de la sentencia: "Aceptar el nacimiento del privilegio establecido en el ordinal 3° del art. 2502 durante la vigencia de la sociedad conyugal equivale, en opinión de esta Sala, a desconocer la institución de orden público civil denominada potestad marital sobre los bienes de la mujer (artículo 177 del Código Civil)

y la dirección y jefatura del marido en la administración de los mismos que le otorgan los artículos 180, 1805 y concordantes del Código Civil". El recurrente refuta el concepto del Tribunal para concluir que no tiene por qué pugnar con la institución de la potestad marital ni con los derechos de administración otorgados por la ley al marido sobre los bienes de la mujer, el hecho de que ella tenga un privilegio inherente a sus créditos desde que éstos existen.

Se considera:

Con este cargo ocurre exactamente lo mismo que con el anterior. Las apreciaciones del Tribunal en el sentido de que aceptar el nacimiento del privilegio durante la vigencia de la sociedad conyugal equivale a desconocer la potestad marital sobre los bienes de la mujer, y la jefatura y dirección del marido en la administración de los mismos, son sin duda alguna erradas, pero constituyen detalle accidental al margen del problema de fondo, y carecen de importancia y de fuerza para modificar la resolución del pleito.

Evidentemente el Tribunal le da alcance desmesurado a los artículos 177, 180 y 1805 del Código Civil, porque nada tienen que ver la potestad marital y las facultades del marido para la administración y disposición de los bienes de su esposa y de la sociedad conyugal, con el derecho a las compensaciones que la ley reconoce a la cónyuge acreedora y la existencia del privilegio con que las garantiza. Confunde aquí nuevamente el Tribunal la existencia del crédito y el carácter de privilegiado que le está atribuido desde su nacimiento, con la exigibilidad de dicho crédito y la oportunidad para hacer valer el correspondiente privilegio. Punto éste que se estudió al examinar el cargo anterior. Pero como allí mismo se dijo, tal confusión no altera en absoluto el verdadero fundamento del fallo proferido por el Tribunal.

Sexto cargo. Acusa la sentencia de haber violado, por infracción directa, el artículo 1454 del Código Civil al negar la existencia de la donación. Aquí vuelve a sostener el recurrente que "sí hace donación el que remite un privilegio cuando el deudor está insolvente". Arguye que el artículo 1454 no se refiere solamente a los privilegios que emanan de la prenda y de la hipoteca sino que "también se aplica a cualquier otro privilegio, como el que otorga el artículo 2502 a la mujer casada". Finalmente, trata de establecer una completa analogía entre los efectos de la remisión

de la prenda y la hipoteca y la remisión del privilegio de un crédito de mujer casada contra su marido cuando el deudor es insolvente.

Se considera:

Aquí parece necesario reconstruir los términos en que está planteado el problema. Para describir y apreciar mejor las circunstancias del litigio, conviene situar los acontecimientos en tiempo presente.

Síntesis del negocio

En el caso de autos tenemos un crédito vigente contra la sociedad y contra el marido, en subsidio. El crédito existe desde el momento en que los inmuebles recibidos por la esposa a título gratuito durante el matrimonio, fueron vendidos. El esposo cae en insolvencia y entrega con anuencia de su mujer la totalidad de los bienes sociales y los suyos propios, a terceros acreedores con capacidad para copar la totalidad del patrimonio social y particular del marido.

La ley otorga a la esposa el derecho de pedir y obtener la separación de bienes en el caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido. La emergencia prevista en el artículo 200 del Código Civil se ha presentado, pues, y es la oportunidad de ejercer aquel derecho. La separación de bienes le permitirá recuperar el valor de sus aportes a la sociedad conyugal, si en la disolución y liquidación consiguiente resulta que el fondo común o el cónyuge no tienen compensaciones qué oponer al crédito existente a favor de la mujer y no ocurre además que la sociedad o el esposo queden sin recursos suficientes para pagarlo. Si la cuantía de las deudas es superior al valor de los efectos con que la sociedad puede cancelar sus obligaciones, y la cónyuge debe concurrir con otros acreedores a disputarse el pago, es probable que la calidad privilegiada de su crédito le permita salvarlo en su totalidad. Pero si le quedare en todo o en parte pendiente, podrá repetir sobre el marido y obtener la cancelación de su crédito con bienes personales de éste, concurriendo también en condiciones favorables respecto a otros acreedores de la sociedad y del cónyuge, de inferior derecho. Si el marido tiene bienes suficientes quedará amortizado el crédito, de su esposa; si no los tiene, éste quedará insoluto, pero vigente para hacerlo ella efectivo más tarde, si la oportunidad se presenta.

No hizo uso la señora X. de la facultad, de

conseguir la liquidación de la sociedad para que le fuera cancelado el crédito, o al menos para que quedara establecida con precisión su cuantía y ya con la condición de ser exigible. Expedido así el campo para los terceros acreedores, éstos lo aprovecharon y se hicieron pagar hasta donde alcanzaron los bienes sociales y los personales del marido. Pero no se limitó la señora X a desempeñar en esta ocasión un papel pasivo, pues contribuyó en notable medida a que las deudas de la sociedad conyugal y de su esposo se saldaran, autorizando con este fin la venta de acciones bancarias que figuraban a su nombre.

Lo relativo a las acciones se estudiará después.

De la existencia de créditos privilegiados o de cualquiera otra clase a favor de la señora X. no aparece en el expediente expresión alguna suscrita por ella, en la época en que la supuesta renuncia al privilegio tuvo lugar.

En breve: de lo dicho resulta que existe un crédito a favor de la señora V. de Z. y contra la sociedad conyugal. Esta no se liquida porque la titular del crédito se abstiene de ejercer el derecho legal de pedir la separación de bienes ante la insolvencia de su marido. Debido a que no hace gestión alguna para conseguir la liquidación de la sociedad, en el momento de entregar el señor N. todos los bienes sociales y los personales suyos a terceros acreedores no privilegiados, la señora no se halla en condiciones de exigir el pago de su crédito y de hacer valer el privilegio legal que lo ampara.

¿Puede entonces la demandante decir con fundamento que ha renunciado tácitamente el privilegio y que con ello ha hecho una donación a los terceros acreedores de la sociedad conyugal y de su marido?

Es seguro que no, como se pasa a probar:

1º—Porque la simple abstención de pedir la separación de bienes no constituye donación a favor de nadie, ni renuncia de su crédito;

2º—Porque esa abstención determinó que el plazo cierto pero indeterminado a que estaba sujeto el crédito de la señora X. para hacerlo exigible, no hubiera llegado todavía cuando el señor N. hizo a los terceros acreedores cesión de sus bienes;

3º—Porque no habiéndose liquidado la sociedad conyugal no se podía saber si ésta o el señor N. hubieran podido contrarrestar las compensaciones debidas a la misma señora, con créditos a su cargo que disminuyeran o anularan el valor de sus créditos;

4º—Porque la señora no renunció a su privilegio.

gio, pues conservó el crédito respectivo con facultad para reclamarlo utilizando el privilegio en una oportunidad posterior;

5º—Porque si hubiera intentado darle efectividad al privilegio sin la previa disolución de la sociedad conyugal, exigiendo el pago del crédito correspondiente, tal pretensión habría sido rechazada judicialmente, en atención a que el crédito aún no era exigible. Por consiguiente, careciendo el crédito de la señora X. de mérito que pudiera hacerlo prevalecer en juicio de acreedores, nada tenía que donar cuando su marido hizo a terceros la cesión de bienes destinada a cancelar las deudas contraídas por él.

La remisión

Ahora corresponde ver en qué consiste la renuncia, sinónimo de remisión.

El Código, en sus escasas e imprecisas reglas, no define la remisión, pero ésta viene a constituir una especie de la renuncia a los derechos, aplicada a los créditos.

La renuncia implica un acto positivo de la voluntad destinado a producir la extinción de un derecho por su titular. Para que pueda hablarse de renuncia, precisa que un derecho exista ya en nuestro patrimonio o deba entrar él en el porvenir, de modo que la renuncia es siempre, o declaración de un derecho que se tiene, o declaración de no querer adquirir un derecho que debe ser nuestro.

El titular de un derecho de crédito puede renunciarlo, y tal acto dispositivo extingue la obligación, la cual no podría sobrevivir porque el acto de disposición es contrario a la subsistencia del vínculo. Como la ley no tiene interés en que la obligación subsista contra la voluntad del acreedor, ella no impone a la remisión limitaciones objetivas ni le exige formas especiales de expresión. Basta la voluntad del acreedor de extinguir un crédito, para producir la extinción de la obligación correlativa, siempre que esta voluntad se manifieste clara y legítimamente. Puesto que la esencia del vínculo, al perfeccionarse una obligación de crédito, depende de la voluntad del acreedor, ésta es suficiente por sí sola para destruirlo, sin que en ello pueda influir la voluntad del obligado. No toda remisión se verifica en favor del deudor, aunque éste resulte por ella beneficiado, y ni aun cuando sea hecha en favor suyo puede impedirla rehusando su aceptación. Por ello, cuando la renuncia o remisión no se verifica por convención, mediante un acuerdo entre el acreedor

y el deudor, constituye un contrato bilateral que se perfecciona con la sola manifestación del acreedor, la cual puede ser tácita cuando los actos o hechos que la conforman conduzcan todos al mismo fin, tengan idéntico significado y patentecen de modo inequívoco la intención del remitente. La remisión puede tener lugar a título gratuito o a título oneroso e implica siempre un acto de disposición patrimonial, lo que significa que en ambos casos el remitente se desprende irrevocablemente de un bien en virtud de ella. Si es el espíritu de liberalidad el que induce al acreedor a condonar la deuda, o a renunciar un derecho patrimonial, la remisión se identifica con la donación, pero no le son aplicables las normas relativas a las condiciones formales de la donación, debido a la naturaleza del acto —que no exige aceptación—, o del principio general que reconoce eficacia a las renunciaciones hechas sin sujeción a requisitos especiales, pero sí de manera que se manifieste claramente la voluntad de renunciar. Cuando surge un litigio fundado en la manifestación tácita de la voluntad, es preciso acudir a las normas del Código que establecen prescripciones y contienen preceptos destinados a servir de guía en la interpretación de la voluntad. Allí se encuentra la norma general de que las renunciaciones, como las donaciones, no se deben presumir sino en los casos expresamente previstos en la ley, de manera que hay renuncia sólo cuando la conducta del titular sea contraria a su voluntad de conservar el crédito o el derecho patrimonial. Así resulta que es contrario a la voluntad de conservar el crédito el privarse del título que lo justifica; en cambio no lo es la renuncia a sus garantías. (Artículo 1713 del Código Civil). Efecto de la remisión es la extinción de la obligación; ésta cesa de existir como si hubiera sido satisfecha, desapareciendo toda relación obligatoria. La remisión de la garantía deja subsistente el débito.

Lo dicho hasta aquí tiene por objeto sentar las bases para demostrar más adelante que no hubo donación a favor de los acreedores del señor N., o de éste, y que la renuncia al privilegio no está probada.

Como se alega la existencia de una renuncia tácita con ánimo de liberalidad, la única manera de constatar si existe, es la de indagar la intención del presunto remitente a través de los actos realizados por él y de los objetivos que perseguía y estaba en capacidad de alcanzar. Es de tal modo como se llega a las siguientes conclusiones:

Primero. — La señora X. no se desprendió de su privilegio. Este no salió de su patrimonio porque es atributo inseparable del crédito, que ella conservó en su integridad y hubiera podido hacerlo valer posteriormente en caso de que el activo del señor N. se acrecentara con bienes adquiridos en nuevos negocios y al mismo tiempo surgieran otros acreedores que persiguieran el pago de sus créditos sobre los mismos bienes; Segundo. El privilegio es inseparable del crédito, luego no puede transferirse a favor de terceros o del deudor, separadamente de éste. Es obvio que no se puede hacer valer el privilegio sin exigir el pago del crédito respectivo, ni renunciando a aquél sino remitiendo el crédito o sometiénolo al concurso en igualdad de condiciones con los acreedores simples, para obtener el pago. Sin que se exija la cancelación del crédito como acreedor simple no puede decirse que se está renunciando el privilegio, sino sencillamente que su titular se está absteniendo de ejercitarlo en ese momento; Tercero. No aparece por parte alguna la intención de renunciar al privilegio, sino apenas la de abstenerse de cobrar el crédito en esa oportunidad. Lo contrario equivaldría a sostener que la señora conservó el crédito pero ya no como privilegiado; lo que es inaceptable, desde luego que por ministerio de la ley el crédito, mientras exista, conserva su calidad inseparable de privilegiado.

La pretendida donación

Al estudiar los otros cargos se ha establecido lo siguiente:

a) El crédito no era exigible sino después de haber sido disuelta y liquidada la sociedad conyugal; b) Solamente entonces estaría determinada su cuantía; c) No renunció la señora X. al privilegio, desde el momento en que conservó el crédito y no era posible transmitir a los créditos de los terceros acreedores, la calidad privilegiada que tenía intrínsecamente el suyo contra su esposo.

Para el recurrente la prueba del animus donandi queda claramente consignada en las cartas cruzadas entre el señor N. y el Gerente del Banco de H. Allí consta que don N. le pregunta al destinatario si sería preferible que les traspasara a los acreedores todos sus bienes, en dación en pago, “siendo entendido que mi señora renuncia, de una manera absoluta, a cualquier derecho que le pueda corresponder legalmente en mis bienes por razón de las herencias de sus padres que fi-

guran en el balance que les he presentado”. El Gerente respondió: “La Junta de Gerentes se impuso detenidamente de todas estas manifestaciones de usted, accedió a que se hiciera el pago a la señora O. de Z., y acordó expresar a usted, como lo hace gustoso a nombre de dicha junta, sus agradecimientos por las declaraciones que contiene la carta de usted y por las ideas que en ella sugiere usted y que la junta encontró del mayor interés”. Prescindiendo de analizar el valor de una simple propuesta y de la contestación en términos vagos, propiamente elusiva, que contienen aquellos documentos, observa tan sólo la Corte que en la escritura número 2005, por medio de la cual el señor Z. dio al Banco de H. el encargo fiduciario de vender sus bienes para pagar a sus acreedores, y la señora X. hizo lo propio en relación con sus acciones en diversas empresas bancarias —otorgadas siete meses después de suscritas las cartas de que se ha hecho mención—, no se dice una palabra por ninguno de los contratantes respecto a los créditos de la señora V. de Z. contra la sociedad conyugal, ni al significado que tenga la aprobación dada por ella al instrumento en cuestión con las expresiones “en cuanto haya lugar” y “en todas partes”. Además, en tal instrumento se dice que si quedare algún sobrante después de enajenados los bienes y cancelados los créditos en él enumerados, será devuelto a don N. Z. Y no aparecen pagados los impuestos que corresponderían al contrato de donación. Por último no sobra advertir que la oferta que hiciera su esposo no tenía alcance para comprometer a la señora X.

El contrato de encargo fiduciario celebrado por medio de la escritura ya citada para vender los bienes del deudor y pagar con su producto los créditos a favor de personas expresamente determinadas en él, es de absoluta claridad en sus términos. Ahora, lo relativo a la voluntad real de las partes, al verdadero propósito con que lo celebraron y al fin querido por ellas, surge con espontánea prontitud y diaphanía no sólo de la lectura del texto sino de la explicación práctica que le dieron a sus cláusulas los contratantes. Las estipulaciones le dan al convenio el carácter de cesión de bienes y dación en pago, según la intención del señor Z., y de pago por otro, según la declaración expresa de la señora X, hecha con estas palabras: “Que consiente en la enajenación y que ella misma enajena a favor del Banco de H... las acciones atrás determinadas que están a su nombre, para que se liquiden y solucionen los créditos a cargo de su marido y de la sociedad

conyugal formada por ella y su marido y a favor de los acreedores que constituyen el comité...".

El pago por otro

Lo que hizo la señora X. de Z. respecto a esas acciones, fue un pago por otro a sabiendas, y no una donación; luego el único obligado con tal acto a favor de la señora fue su marido deudor y no los acreedores de éste que se limitaron a recibir la cancelación parcial de sus acreencias.

No sobra observar que el "pago por otro" es un acto jurídico completamente distinto del "pago de lo no debido", pues éste conlleva el error en la ejecución del hecho o sea la ausencia de voluntad y la inexistencia de la obligación; al paso que aquél significa la cancelación de una obligación existente en cabeza de otro, con plena voluntad de hacerlo y en beneficio del deudor; por eso en el primer evento hay derecho a repetir lo pagado, mientras en el segundo no (artículos 2313 a 2321 y 1630 a 1632 del Código Civil).

Y como el que paga por otro a sabiendas, conserva el derecho a que el deudor le reembolse lo pagado, salvo si éste se ha opuesto a tal pago y el acreedor no cede su acción al que le paga, aparece claramente que no se trata de un acto de liberalidad y por tanto que no constituye donación ni puede presumírsela por ese solo hecho.

Requisitos de la donación

Como antes se observó, para que existiera donación del privilegio habría sido necesario que él hubiera salido del patrimonio de la señora de Z. pero al conservar ésta el crédito correspondiente lo mantuvo con el carácter de privilegio que le atribuye la ley. Además se requería que el privilegio hubiera pasado al patrimonio de los donatarios acreedores como efecto de la donación, que en esto se distingue de la simple renuncia o remisión.

Para la Corte no hay la menor duda de que dicha transferencia no sólo no se realizó, sino que era legal y jurídicamente imposible por no ser separable el privilegio del crédito a que correspondía. Al faltar así el objeto de la donación, el acto que cumplidos otros supuestos hubiera dado lugar a ella, no pudo existir. A las anteriores consideraciones debe agregarse que los derechos de los acreedores en nada se alteraron por su forma y cuantía, y que por consiguiente éstos nada recibieron, en consecuencia. Es cierto que las posibilidades de obtener la cancelación de esos cré-

ditos mejoraron considerablemente con la abstención de la señora X. a instaurar sus acciones para la disolución de la sociedad conyugal y la utilización de su privilegio; pero fueron estos cambios favorables de situación para los acreedores, simples efectos económicos de la abstención, que no vinculaban a los beneficiados como parte de ningún acto o contrato celebrado entre ellos y la mencionada señora, tal como hubiera podido suceder por la circunstancia de que el señor Z. ganara un pleito, realizara un magnífico negocio o recibiera una herencia. Una cosa son los efectos económicos de los actos y otra muy distinta los efectos jurídicos de los mismos; del propio modo puede decirse que en un juicio no es parte toda persona que pueda deducir provecho de sus results, sino únicamente aquellas vinculadas jurídicamente por la relación procesal.

El mismo recurrente, al darse cuenta de que no era posible afirmar la existencia de una donación sin la transferencia de lo donado, insiste en varios apartes de la demanda de casación en que la señora de Z. transfirió gratuita e irrevocablemente su privilegio a los acreedores demandados, "bien que recibieron y que no se les debía". Pero como ya está demostrado que dicha señora conservó su privilegio y que los acreedores no lo recibieron, este cargo aparece claramente desprovisto de fundamento.

Por último, no existe violación del artículo 1454 del Código Civil por infracción directa, porque si bien, al tenor de dicho texto, hace donación a un tercero el que renuncia una prenda o hipoteca estando insolvente el deudor, el caso de la simple abstención de ejercitar el privilegio de la mujer casada en concurso con los demás acreedores del marido, es completamente distinto. En efecto: el tercero, dueño del objeto dado en prenda o del inmueble gravado por hipoteca en garantía de una deuda ajena, está sujeto a la obligación contractual y legal de cubrir el pago con el producto del bien garante, en caso de insolvencia del deudor; por eso, acaecida esta insolvencia, dicha obligación se hace efectiva y real constituyendo prácticamente una merma de su patrimonio. Y si en estas condiciones el acreedor remite la prenda o hipoteca, liberando al tercero dueño de la garantía, de la obligación de pagar con ella la deuda, realiza sin duda una donación, siempre que el acto lo ejecute liberalmente. En cambio, cuando la mujer casada se abstiene de cobrar su crédito privilegiado una vez disuelta la sociedad conyugal, no libera a los demás acreedores de su marido de ninguna obligación a cargo de ellos ni les

aumenta su patrimonio, ya que sus créditos permanecen iguales; desde luego, mucho menos puede decirse que tales acreedores estén obligados al pago del crédito de la mujer. Siendo por tanto, perfectamente disímiles los dos casos, no puede pretenderse el extender por analogía al segundo la aplicación de una norma que se refiere exclusivamente al primero. Y como antes se dijo, los simples beneficios económicos que pudieron recibir los acreedores del señor Z. por la conducta negativa de su esposo, no conducen a establecer ningún vínculo jurídico entre aquella y éstos. Todo cuanto queda dicho, además de que no hubo remisión alguna del privilegio, es suficiente para rechazar el cargo.

Séptimo cargo.—El recurrente hace consistir este cargo en violación, por aplicación indebida, del artículo 1630 del Código Civil, con las imputaciones de que el Tribunal no reconoció el **ánimus donandi**, que calificó de pago por otro los actos de la señora de Z. y que en este caso dejó de aplicar el artículo 1454 del Código Civil, conforme al cual “hace donación el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe”, con lo que se habría violado también el artículo 16 del Código Civil, pues el pago sería nulo por tener objeto ilícito.

Se observa: como del estudio de los cargos anteriores aparece, anduvo muy acertado el Tribunal al considerar que no se advierte ningún **ánimus donandi** en la abstención de pedir la separación de bienes, en las declaraciones de la escritura 2005, ni en la carta de don N. Z. al Banco de H. En cuanto al posible pago por otro, estima la Corte que si para la venta y disposición de las acciones que figuraban a nombre de la señora de Z. era necesaria la autorización de su cónyuge, tal como se dio efectivamente, por lo que a dichas acciones se refiere habría un pago de aquella por su marido; mas dicho acto tampoco constituye donación ni es un “pago de lo no debido” como se demostró al estudiar el cargo anterior.

El artículo 1454 dice que hace donación “el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe”; pero se refiere este texto al caso de que una persona pretenda pagar una supuesta deuda propia teniendo seguridad de que no existe. Es ésta en realidad una forma de simulación que disfraza el verdadero acto-donación como pago. En cambio, el que paga por otro está en presencia de un crédito real y cierto a cargo de un tercero, de manera que dicho pago es efectivo y quien lo recibe simplemente satisface su derecho sin que a

favor de él exista ningún ánimo de liberalidad. Por otra parte, quien paga por el deudor, aún sin su consentimiento, tiene acción para que éste le reembolse lo pagado (artículo 1631 del Código Civil), e inclusive cuando paga contra la voluntad de éste puede obtener que el acreedor le ceda su acción; con lo cual se demuestra cómo el ánimo de liberalidad, que claramente aparece en el caso contemplado por el artículo 1454 (última parte), no es propio del pago por otro ni se presume, de modo que para que exista debe aparecer en forma expresa y clara que la persona que paga no desea reembolso del deudor sino su definitiva liberación. Y esto último no ocurre en el caso presente, pues la señora de Z. se limitó a autorizar la venta de las acciones sin manifestar, ni expresa ni tácitamente, su voluntad de renunciar al reembolso a que tuviera derecho. Una vez más se aplica el principio de que la donación no se presume, más claro aún en el caso del pago por otro en presencia de las disposiciones de los artículos 1630 a 1632 del Código Civil, que le dan al que paga el derecho a exigir el reembolso contra el deudor.

Por lo tanto, no se han violado los artículos 1630, 1454 y 16 del Código Civil. El cargo, pues, no prospera.

Octavo cargo.—Tiende a demostrar que el Tribunal violó; por infracción directa y aplicación indebida, los artículos 1443, 1454, 1455, 1626 y 2317 del Código Civil, al errar en la determinación de quién fue el donatario.

Se considera:

Habiéndose probado que no existió donación ninguna de la señora de Z. a los acreedores, el estudio de este cargo resulta innecesario. Mal pudo errar el Tribunal en la estimación de quiénes fueron los donatarios, si no hubo donación.

En consecuencia, no se violaron tampoco por este aspecto los artículos 1453, 1454, 1455, 1626 y 2317 del Código Civil.

Se declara infundado el cargo.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala A 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..... de fecha.....

Costas a cargo del recurrente.

(Fdo.) Alfonso Bonilla Gutiérrez

I N D I C E



Págs.

Págs.

SALA PLENA

Inexequibilidad de los artículos 1º y 6º de la Ley 87 de 1946, sobre Escuelas de Enfermería y de Servicio Social.—Cuando el artículo 41 de la Constitución Nacional atribuye al Estado la inspección y vigilancia de la educación pública, está contemplando el conjunto de la persona moral en la cual reposa la soberanía.—La ley acusada configura una potestad excesiva de intervención, consistente en destacar a la Universidad Nacional como entidad que comparta con el Órgano Ejecutivo la facultad de desarrollar y ejecutar los ordenamientos generales que el legislador consideró necesarios en orden a ejercer la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes a que esa misma ley se refiere.—La Corte declara que es inexecutable el art. 1º de la Ley 87 de 1946, en cuanto por dicha norma se defiende a la Universidad Nacional la facultad de aprobar el respectivo plan de estudios de las Escuelas de Enfermeras que estén establecidas o que puedan establecerse dentro del territorio de la República; y que también es inexecutable el artículo 6º de la misma ley, pero sólo en cuanto por esta norma se dispone que las Escuelas de Enfermeras o de Servicio Social, que estén establecidas o que puedan establecerse dentro del territorio de la República, quedarán bajo la supervigilancia e inspección inmediata de la Universidad Nacional.—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 645

Queja formulada contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla, por demora en la tramitación de un negocio.—Se declara que en la tramitación y decisión del recurso de apelación en el negocio contra el doctor Humberto Navarro Castillo, no se realizó por los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla hecho alguno que merezca la imposición de

sanciones disciplinarias. — Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 651

Se deplora el fallecimiento de la señora Julia Durán vda. de Vargas.—Texto de la resolución aprobada en la sesión del día 23 de abril de 1952 653

Se deplora la desaparición del doctor Jesús Perilla V.—Resolución aprobada el día 30 de abril de 1952, por la Sala Plena de la Corte 653

Proposiciones aprobadas por la Sala Plena de la Corte en su sesión del día 30 de abril de 1952.—Texto de las resoluciones aprobadas con ocasión del nombramiento de los doctores Eleuterio Serna R. y José Gabriel de la Vega, para los cargos de Ministros de Minas y Petróleos y de Justicia, respectivamente 653

Exequibilidad de la Ley 9ª de 1951, por la cual se crea el Departamento de Córdoba. Competencia de la Corte para conocer de inconstitucionalidad de las leyes, por vicios de forma en su expedición.—Alcance de la jurisdicción constitucional. — Naturaleza de la sanción ejecutiva de los proyectos de ley.—Se declara executable la ley acusada.—Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Cuervo 654

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Gerardo Arias Mejía...... 685

Salvamento de voto de los Magistrados Holguín Lloreda, Castillo Pineda, Gómez Prada, Robles y Vargas 687

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Pablo Emilio Manotas 693

SALA DE CASACION CIVIL

Cuando los propietarios de los predios domi-

Págs.

Págs.

nante y sirviente están acordes sobre la existencia de la servidumbre, pero discrepan en cuanto a su extensión, forma o modalidad de ejercer ese derecho, éste está protegido por la acción especial que se dá a los dueños de uno u otro predio, cuyo ejercicio tiene señalado un procedimiento especial, y no puede hacerse por la vía ordinaria.—El hecho de que por los juzgadores se haya acogido este procedimiento para el caso de una acción que debe ejercerse por vía especial, no convierte esa acción en ordinaria, y contra la sentencia es improcedente la casación.—Declara la Corte que la sentencia dictada en el juicio especial sobre servidumbres seguido por Sabas Cázares S. contra "Ingenio Central del Tolima S. A.", sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, no es susceptible de ser considerada en casación y, en consecuencia, declara nulo lo actuado en este recurso.—Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas 695

Salvamento de voto del Magistrado doctor Rodríguez Peña 701

Se repone el auto que precede.—Revoca la Corte, en virtud del recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte demandada, la providencia de que da cuenta el aparte inmediatamente precedente de este índice, y en su lugar dispone que continúe la tramitación del recurso de casación. Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas 702

Acción de petición de herencia.—Interpretación del artículo 20 de la Ley 153 de 1887. La Ley 45 de 1936 no modificó lo dispuesto por el artículo 1043 del Código Civil sobre representación en las herencias.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio seguido por Pedro y Campo Elías Mejía, como subrogatarios de los derechos de Rosendo Calderón en la sucesión de Baldomero Calderón y por Santos Mariño, como subrogatario de los de Rita Calderón, contra el Municipio de Socotá.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 704

En contra del arrendatario pesa una presunción de culpabilidad por pérdida de la cosa arrendada.—Para exonerarse de responsabilidad, le basta, sin embargo, probar la ausencia de culpa de su parte.—En qué consiste esta prueba.—Salvo expresa estipulación en contrario, hecha en el contrato, el acreedor no puede pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, ni pedir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios.—El artículo 2003 del Código Civil establece una clara distinción entre la indemnización por el incumplimiento y el pago de la renta o precio por el tiempo que falta.—En el juicio ordinario seguido por Rosario Zafra de Ramírez contra Jaime Gil, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 715

Servidumbres voluntarias de tránsito.—Respecto de estas servidumbres tiene completa aplicación el artículo 9º de la Ley 95 de 1890.—Los derechos del dueño del predio dominante, cuando se trata de una servidumbre voluntaria de tránsito, se regulan por lo previsto en el mismo título constitutivo, y a falta de esta previsión, por las reglas atinentes a la servidumbre en general.—Cuando la servidumbres de tránsito no está determinada, resulta inaparente y discontinua.—Casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Ibagué profirió en el juicio que Sabas Cázares siguió contra "Ingenio Central del Tolima, S.A."—Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 725

Cuando una sentencia se apoya en varias apreciaciones, el recurrente en casación debe atacarlas todas, cuando cualquiera puede servir de suficiente sustento del fallo recurrido.—En el juicio ordinario que José Nicolás Delgado siguió contra Marco L. o Marco Moreno O., sobre resolución de un contrato de compraventa y sobre reivindicación, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda ... 737

Págs.

Págs.

Acción de indemnización de perjuicios.—Diferencias existentes entre los contratos administrativos y los civiles celebrados por la Administración.—A los primeros pueden aplicarse las normas de la legislación común sólo cuando faltan disposiciones especiales y sin desconocer las diferencias entre aquellos contratos y los civiles. — La violación de un contrato administrativo o de la ley o decreto que lo aprobó, no puede dar lugar por sí sola a casación del fallo.—**Error de hecho en la apreciación de pruebas.**—No infirma la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Ezequiel Pedraza y Arturo Corradine contra el Banco de la República.—Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. ... 742

Las normas legales sobre pruebas no son normas sustantivas, y su violación no es suficiente para determinar por sí sola la casación de un fallo.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario que María Herlinda Gómez siguió contra Gregorio Lucumí, sobre que la demandante es dueña de unas mejoras construídas en un lote ejido determinado en la demanda, y sobre que el demandado debe pagarlas si quiere ser dueño de ellas.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 758

Para la disolución judicial de una sociedad, se requiere la audiencia de todos los socios.—En las sociedades de responsabilidad limitada puede haber socios industriales.—El gerente de una sociedad no tiene, como tal, la representación de un socio determinado.—En el juicio ordinario que Dídimo Chois Giraldo y otros siguieron contra José Neira, sobre disolución de la sociedad "J. Neira Chois & Compañía Limitada", no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 764

Cuando se pide indemnización de perjuicios originados en el incumplimiento de un contrato, la demanda debe, además, invocar expresamente la resolución o el cumplimiento del contrato.—Casa la Corte la sen-

tencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario que Fernando Aparicio siguió contra Alfonso Garrido T. y otra; revoca la de primera instancia, dictada por el Juzgado 2º Civil del Circuito de la misma ciudad, y en su lugar declara probada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 768

Acción de pago del precio de unas mercancías vendidas—Causal primera de casación. Cuál es la ley sustantiva para los efectos de esta causal.—**Indivisibilidad de la confesión.** En qué casos es ésta indivisible.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de San Gil profirió en el juicio que Francisco Ortiz Quintanilla siguió contra Remigio Navarro S. y éste contra aquél, en demanda de reconvencción.—Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 772

SALA DE CASACION PENAL

Cuándo el obrar por miedo exime de responsabilidad.—**Requisitos de la legítima defensa objetiva y de la legítima defensa subjetiva.** — Las calificaciones jurídicas y técnicas que sin ninguna otra explicación sobre los hechos materia del debate, haga el jurado en su veredicto, son inoperantes y no obligan al juez.—No se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a Gerardo Mejía como responsable del delito de homicidio en Adán Cano y del de lesiones personales en Juan Nepomuceno López.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 780

Razones por las cuales en los recursos de casación que pueden interponerse contra las sentencias proferidas por la Justicia Militar en procesos seguidos por los hechos del 10 de julio de 1944, sí es procedente la causal segunda de casación.—Cuándo la ley castiga en forma autónoma los actos preparatorios de un delito.—**Rebelión militar.**—Invalida la Corte la sentencia por la cual el Comando de la Brigada de Institutos Militares condenó al Mayor Luis Alberto Lara Santos y a los Capitanes José Rafael Escandón y Carlos Ortega Bernal, y en su lugar los

	Págs.		Págs.
absuelve de los cargos por los que se les juzgó y sentenció en el proceso adelantado contra ellos.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez	787	posa Isolina Mesa. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez	809
La Corte puede en casación conocer del incidente de desembargo de bienes.—El embargo preventivo de los bienes del procesado, para garantizar el pago de la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito, es improcedente en los juicios de que conoce la justicia penal militar.—A solicitud del apoderado del Dr. Julio Ortiz Márquez, la Corte resuelve desembargar todos los bienes muebles e inmuebles de propiedad de éste, cuyo embargo había sido decretado en el proceso seguido contra el mismo ante la Justicia Penal Militar, proceso del cual estaba conociendo la Corte en virtud del recurso de casación.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno	796	Cuándo la opinión es causal de impedimento o de recusación.—La Corte declara no probado el impedimento manifestado por el Dr. Augusto Esparza G. para actuar como Magistrado del Tribunal Superior de Pasto en un negocio contra Adán López y otros, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre ...	811
Restitución de términos—Requisitos para que sea procedente.—En el proceso contra Zoilo Tejada por el delito de homicidio, se niega la restitución de términos solicitada por el Dr. Manuel Cuello Urueta, como apoderado de Tejada. — Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez	799	Las disposiciones del nuevo Código Penal fueron aplicables en materia militar durante la vigencia de la Ley 84 de 1931.—No se invalida la sentencia dictada por el Comando de la Brigada de institutos Militares y por la cual se condenó a los Tenientes Francisco Lizarazo y Héctor Caviedes, como responsables del delito de rebelión—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez	813
En los recursos de casación interpuestos contra las sentencias proferidas por los tribunales militares en los procesos adelantados por los hechos ocurridos el día 10 de julio de 1944, es procedente la causal segunda de casación, porque así lo dispone expresamente la ley.—Se invalida la sentencia del Comando de la Brigada de Institutos Militares por la cual se condenó al Mayor Luis Gómez Jurado y al Capitán Hernando Leiva Suárez, por los delitos de rebelión militar, y en su lugar la Corte los absuelve de los cargos por los que se les juzgó y condenó en el proceso.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez	801	El recurrente en casación, no sólo debe alegar las causales que considere procedentes, sino que, además, debe exponer las razones en que las apoya.—Interpretación del artículo 33 del Código Penal.—El concurso de delitos no es causa de disminución de la pena que corresponde a cada hecho.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida en el proceso contra Basilio Afanador Jiménez y otros por los delitos de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez	819
Improcedencia de la causal 2ª de casación en los juicios por jurado.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, y por la cual se condenó a Rafael Rincón Parra como responsable del delito de homicidio en su es-		Por disposición expresa de la Ley 34 de 1931, las disposiciones del Código Penal de 1936, aunque expedidas con posterioridad a aquélla, quedaron incorporadas en la misma, en el lugar que ocupaban las del Código Penal que reemplazaron.—En el proceso contra el Coronel Diógenes Gil, el Teniente-Coronel Luis E. Agudelo y el Mayor José Figueroa Paz, por el delito de rebelión, no se casa la sentencia que profirió el Comando de la Brigada de Institutos Militares.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno	824
		Las normas del Código Penal de 1936, eran, en 1944, aplicables en materia de delitos	

Págs.

Págs.

militares, porque así lo había previsto y ordenado el Código Militar que estaba vigente en esa época.—No se casa la sentencia por la cual el Comando de la Brigada de Institutos Militares condenó a los Capitanes Carlos Barberi Zamorano y Flavio Vargas; a los Tenientes Luis Enrique Fressen y Efraim Lesmes Rojas, y al Subteniente Alirio Ibáñez, como responsables del delito de rebelión.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 828

Delito de rebelión militar.—La Corte no casa la sentencia que el Comando de la Brigada de Institutos Militares profirió en el proceso por el delito de rebelión, seguido contra el Capitán Héctor Echeverría y contra los Tenientes Pablo V. Clavijo y Oswaldo Angueira. — Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 833

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

La prohibición contenida en el artículo 6º del Decreto 3485 de 1950 es aplicable también respecto de los que hayan sido empleados de la Rama Jurisdiccional.—Se confirma el auto por el cual el Tribunal Superior de Quibdó negó al Dr. Arturo Ferrer F. personería para actuar ante dicho Tribunal en un juicio contra el Departamento del Chocó y como representante del señor Manuel R. de Diego.—Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 837

Acción de entrega de unas mercancías consignadas para su transporte.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario que “Compañía Constructora Limitada” siguió contra el Departamento de Caldas—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 839

Durante el juicio no puede variarse el objeto de la controversia que se ha determinado en la demanda.—Confirma la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Barranquilla decidió el juicio ordinario que Lucas A. Nájera y otra siguieron contra la Nación, sobre propiedad de un terreno y de los yacimientos petrolíferos que se encuentran en el subsuelo del mismo.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 843

Apéndice.—Texto de un proyecto de sentencia de casación civil elaborado por el Magistrado Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 848

Nota: Con el presente número termina el

Tomo LXXI de la GACETA JUDICIAL. El número 2114 estará destinado al Índice y Jurisprudencia del Tomo.

El Relator.

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.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXI

BOGOTA — 1953

NUMERO 2114

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LXXI (NUMEROS 2110-2113 DE LA "GACETA JUDICIAL")

— A —

- 1 -

ABOGACIA (Ejercicio ilegal por funcionarios judiciales y del Ministerio Público)

El artículo 179 del Código Penal exige dos condiciones para que se incurra en la infracción contemplada en dicha norma: ser el agente del hecho, empleado del orden judicial o del Ministerio Público; y desempeñar un mandato judicial o administrativo o abogar en asuntos de esa índole o simplemente aconsejar a cualquier litigante.

Por medio de la disposición en cita, quiere la ley penal establecer incompatibilidad entre las funciones de los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y las actividades de las personas que ante estas autoridades hacen solicitudes, a fin de conseguir que ningún interés distinto del de la justicia regule el ejercicio de los derechos ante los poderes del Estado. Y en este orden de cosas, las reglamentaciones del estatuto represivo abarcan no sólo el ejercicio de poderes otorgados en forma legal, sino también el de abogar en beneficio de alguien y aún aconsejar a los inte-

resados sobre la manera de conducir los negocios que cursan en los despachos judiciales o administrativos. (Casación Penal, septiembre 25 de 1951. T. LXXI, números 2110-2111) 179, 1ª y 2ª

- 2 -

ACCESION

De los artículos 713, 712 y 720 del C. C. se desprende que para que se cumpla el fenómeno jurídico de la accesión por aluvión, es menester que la ribera se aumente por razón del lento e imperceptible retiro de las aguas y que ese retiro sea definitivo, como lo requiere el 2º inciso del artículo 720. Es decir, se necesita como condición esencial que el acrecentamiento de la ribera provenga del imperceptible retiro de las aguas. . .

Salta a la vista que en el caso de autos en que se trata de dos islas independientes que estaban separadas por un brazuelo del río, con individualidad física anterior a su unión, no pueden aplicarse esas reglas, so pretexto de que el brazuelo del río quedó en seco y las dos islas se juntaron, porque el retiro de las aguas no descubrió el terre-

no de la segunda isla, que ya existía con anterioridad a ese retiro, sino el simple cauce del brazuelo que separaba las dos islas.

En este caso habría lugar a accesión con aplicación de la regla final del inciso 1º del artículo 724 ibidem, pero sólo en lo relativo a parte del cauce que quedó en seco. (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 332, 2ª y 333, 1ª

- 3 -

ACCION (No puede confundirse con los requisitos necesarios para su ejercicio)

Al señalar a los hermanos del presunto padre natural, por muerte de éste, como sus representantes en su calidad de herederos, no se plantea una cuestión de estado civil, se determina simplemente su capacidad para ser parte. Su carácter de representantes del pretendido padre natural, como sus herederos legítimos, a quienes han pasado sus derechos y obligaciones transmisibles.

En el derecho procesal no puede confundirse la acción con los requisitos necesarios para su ejercicio.

Para proponer válidamente cualquier acción, esto es, precisar desde el punto de vista legal, los sujetos del litigio, se requieren tres condiciones: a) Capacidad para ser parte; b) Capacidad para comparecer en juicio, y c) Legitimación en causa. Estas tres condiciones no constituyen el contenido de ningún pleito, sino su viabilidad. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 101, 2ª

- 4 -

ACCION ALTERNATIVA (En qué consiste la del contratante al cual no ha cumplido el otro contratante)

Si el contratante a quien se quedó de-

biendo un dinero por venta de inmuebles, solicita la resolución del contrato, y después de cubiertos todos los recursos procedimentales en que se examinó el fondo del asunto, se absuelve al otro contratante, ya no le será posible a aquél adelantar acción sobre cobro de lo debido, porque hizo uso del derecho alternativo que la ley autoriza. Este es el sentido del derecho de escoger acciones, y no puede ser otro. Desde que el contrato esté en vigencia y vivo el crédito, el derecho de opción existe.

Acerca de estas cuestiones el comentador Barros Errazuriz, tratando sobre el principio chileno de la demanda alternativa del vendedor contra el comprador en mora, principio semejante al nuestro, dice lo siguiente, después de hablar de los dos caminos que le quedan al vendedor burlado: "No sólo puede optar por uno u otro camino, sino que puede ensayar primero uno, y después abandonarlo y seguir el otro. Así el vendedor puede perseguir primero el pago del precio, y si no logra pagarse íntegramente, puede abandonar ese procedimiento y acogerse a la acción resolutoria. Ninguna disposición legal le prohíbe proceder en esa forma... Si el vendedor no quiere perseguir el pago del precio o no ha podido obtenerlo, le queda todavía la acción resolutoria..." (Contratos, Tomo 3º, págs. 160 y 161).

Estos mismos principios los expone con gran amplitud el profesor Giorgi en su notable obra sobre "Teoría de las obligaciones en el derecho moderno" Edición séptima, volumen IV, pág. 224. (Casación Civil. Enero 19 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)...

26, 2ª y 27, 1ª

- 5 -

ACCION RESOLUTORIA (Interpretación del art. 1546 del Código Civil)

El artículo 1546 del Código Civil dice

que el contratante que se considere lesionado puede pedir, o la resolución del contrato, o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios.

De esta suerte, la demanda debe invocar uno de los extremos enunciados, y pedir, como consecuencia, la indemnización a que se aspira. Si así no se hizo, quiere ello decir que se pidió de modo indebido, lo cual constituye una excepción perentoria que debe ser declarada. (Casación Civil. Abril 28 de 1952. T. LXXI. Número 2113)771, 2ª

- 6 -

ACREEDOR (Cuál es el interés jurídico de éste para demandar la nulidad o la simulación de un contrato celebrado por el deudor con un tercero)

En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que el interés jurídico del acreedor, indispensable para demandar la declaración de nulidad o de simulación de un contrato celebrado por su deudor con un tercero, debe ser actual y hallarse protegido por la ley. Y al hablar de intereses protegidos por la ley, ha expresado que por tales deben entenderse no solamente aquellos concretados en derechos exigibles, como sería una deuda de plazo vencido, sino también aquellos constituídos por derechos claros y concretos aun cuando no sean actualmente exigibles.

Y puesto que el interés jurídico necesario para instaurar con éxito la acción de nulidad o la de simulación, lo determina la calidad de acreedor que ostente el demandante en el momento de instaurar la demanda, su personería debe ser reconocida si presenta la prueba de la obligación. El valor concreto del crédito es factor adjetivo y subalterno que no hace su aparición en el proceso sino cuando el deudor demandado arguye que conserva bienes suficientes para pagar. El título que establezca

una obligación personal debe expresar una cantidad líquida cuando se pretenda hacerlo valer en juicio ejecutivo. Un crédito por suma indeterminada no presta mérito ejecutivo por no tener el requisito de ser líquido; pero esto no significa que no exista y que no sea actual. El mismo interés jurídico asiste al titular de una acreencia de plazo no vencido que al beneficiario de un crédito por cuantía indeterminada, para pedir la invalidación de un acto o contrato de su deudor, realizado con fines fraudulentos. Entre las acreencias a plazo no vencido no tienen por qué ocupar inferior situación las que nacen a virtud de una condena judicial que no determine su valor o cuantía. Si bien éstas no dan mérito para el cobro ejecutivo mientras no se cumpla el requisito de la liquidación que ha de precisar su valor, es indudable que le proporcionan a su titular medios legales para protegerlas contra maniobras dolosas del deudor. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)140, 2ª y 141, 1ª

- 7 -

ACUMULACION DE AUTOS (Cuándo hay identidad de causa)

De la relación de autos se desprende que las acciones ejercitadas tienden a tutelar el derecho de propiedad y al efecto se pide que se declare el dominio y la consiguiente restitución, en especie o en dinero, de cada uno de los lotes del predio de La Loma: cada demandante tiene o cree tener propiedad sobre un cuerpo cierto, identificado en cada demanda, y, por tanto, el derecho de cada uno es exclusivo e independiente de los demás; en consecuencia cada actor debe probar su derecho, distinto en cada caso, porque cada fundo tiene su historia, sus antecedentes, y sus títulos, esto es, las pruebas son diferentes.

Así, pues, si causa es “el título en virtud del cual adquirimos algún derecho”, ya puede decirse que no existe identidad de causa en los diferentes actores de los distintos procesos.

De esta suerte, puede hablarse de semejanza o analogía de causa, pero como la ley habla de identidad de causa —“una misma causa”— no se cumplió la previsión del estatuto para acceder a la solicitud de acumulación que se demanda. (Negocios Generales. Noviembre 30 de 1951. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 256, 2ª y 257, 1ª

- 8 -

ACUMULACION (Qué se entiende por causa de las acciones)

Lo que debe considerarse como causa de las acciones no es fundamentalmente el hecho que ha lesionado un derecho, en su caso, sino el derecho subjetivo o material que ha sido lesionado por el hecho: aquélla será la CAUSA DE HECHO, pero debe primar, en caso de LITIS, LA CAUSA DE DERECHO, pues la lógica enseña que los procedimientos han sido establecidos para la tutela de los derechos, y no al contrario. (Negocios Generales. Febrero 5 de 1952. T. LXXI. Núm. 2110-2111) 259, 2ª

- 9 -

AGUAS (Naturaleza del derecho de riberanía de aguas de uso público)

Adscriben el dominio de las aguas de uso público al Estado, los arts. 4º de la Carta Fundamental y 674 del C. C., que estatuyen en su orden:

“El territorio con los bienes que de él forman parte, pertenecen a la Nación”.

“Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, pla-

zas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Cuando su uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”.

Y concretamente, el artículo 677 del C. C., que dispone: “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios”.

Así, por razón del uso que pueden tener los bienes del Estado por los habitantes son: a) Bienes públicos o de uso público, si éste corresponde a los habitantes, el dominio a la Nación; b) Bienes fiscales, si el dominio ni su uso, no están asignados a los habitantes.

En el grupo a), están incorporados aquellos bienes cuyo uso no está adscrito generalmente a los habitantes, sino a determinadas personas o grupo de personas de acuerdo con la reglamentación que para tales fines imponga el Estado, pero cuyo dominio, en todo caso, pertenece a éste. Caso del uso y goce preferencial de los propietarios riberaños de las aguas de uso público, concedido por el C. C. y reglamentado legalmente por el Estado.

El caso sub judice tiene que ver directamente con aquel uso preferencial de las aguas públicas por los riberanos, con el alcance de ese derecho. Se trata de averiguar si dada la naturaleza de bienes de uso público que tienen los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, puede invocarse en esta materia de aguas, protección de los derechos adquiridos, con base en estipulación contractual en que el adquirente de una zona riberana, con el fin de convertirse en usuario preferencial de las aguas, y con las consecuencias jurídicas y legales que tal acto implica, puede a su vez obligarse a ceder o suministrar agua suficiente para los predios del cedente de aquel uso y goce y que ha perdido la condición de riberano.

Los arts. 892 a 894 del C. C. fijan los de-

rechos y obligaciones de los dueños de predios ribeños en cuanto al uso y goce de las aguas de propiedad del Estado. A este derecho de uso y goce, la doctrina y la jurisprudencia le han asignado el carácter de un derecho real "sui generis", su titular no tiene más que la facultad de aprovechamiento exclusivo del uso y servicio de esas aguas, con sujeción a las limitaciones y reglamentación que, para tal objetivo, señala en cada caso la ley, según el art. 678 del C. C.

La jurisprudencia, sobre la doctrina del art. 892 del C. C., ha dicho que el derecho en él consagrado está sujeto, además de las limitaciones del art. 893 *ibidem*, a estas otras tres: a) Que el uso del agua se limite exclusivamente a los menesteres domésticos e industriales del fundo ribeño; b) Que su uso sea corriente en el sentido de que no se derive sino la cantidad necesaria para atender a esos menesteres; c) Que el agua se tome dentro del predio y se devuelvan los sobrantes al cauce de origen dentro del mismo fundo, con el fin de impedir la completa apropiación por el ribeño, con perjuicio de igual derecho que tienen las heredades inferiores. Si falta alguna de estas condiciones, el uso de las aguas nacionales deberá ser objeto de un permiso especial de la autoridad competente, según el art. 683 del C. C.

Con posterioridad a la vigencia del C. C., el uso de las aguas públicas ha sido objeto de reglamentaciones especiales, y con este fin se han expedido leyes de ese carácter, entre ellas, la 113 de 1928, que le asigna al Gobierno Nacional la facultad de conceder las licencias a que alude el art. 683 citado, con conocimiento de causa y "sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos en ellas".

"En derecho es necesario distinguir las situaciones subjetivas de las objetivas en todo linaje de fenómenos capaces de engendrar derechos y obligaciones; las objetivas que son las derivadas directamente de la ley

aunque nazcan de un acto voluntario que es su causa ocasional y no eficiente, siguen todas las transformaciones legales de tal suerte que los nuevos preceptos modifican las situaciones anteriores a ellas, sin que por esto puedan señalarse como transgresores de derechos adquiridos; las situaciones subjetivas, por el contrario, son las generadas en las manifestaciones individuales de voluntad y provistas de eficacia por ministerio de la ley positiva; en cada contrato, por ejemplo, se crean multitud de situaciones objetivas unas, y subjetivas otras; pertenecerá al primer grupo la posibilidad de cada parte para perseguir en justicia, sobre los bienes de la otra, el cumplimiento del pacto, y al segundo el crédito vencido a favor de un contratante por razón de un convenio; la ley posterior podría sustraer a la persecución del acreedor ciertos bienes de su deudor, pero no podría vulnerar la situación del acreedor propiamente dicha. Todos los expositores están acordes en que la ley puede modificar o extinguir las situaciones jurídicas originadas al amparo de cualesquiera circunstancias aceptadas por el derecho".

Por otra parte, "la noción de derecho adquirido —ha dicho la Corte— estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquéllos hacen parte de nuestro patrimonio. De manera que en último análisis los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones, incluso el estado civil que determina relaciones permanentes del individuo dentro de la sociedad humana".

"En refuerzo de las opiniones de la Corte, acude aquí la circunstancia especial de que la Enmienda de 1936, pone como arquetipo de los derechos adquiridos, al de propiedad. El inciso 4º de la disposición constitucional comentada —hoy art. 30 de la Carta Fundamental— dice cuáles son los motivos para

que pueda haber expropiación, es decir, privación de la propiedad lo que deja entender que el Constituyente quiso referirse a un derecho patrimonial. Si no lo fuera, no hablaría de indemnización. La indemnización no es otra cosa que el pago de la cosa expropiada, valor que ha de compensar la falta de la cosa en el patrimonio del titular". (Sentencia de Sala Plena de 9 de marzo de 1948; G. J., Tomo LXIV, 2060-2061).

La noción de derechos adquiridos que contienen los dos conceptos anteriores, que a primera vista pudieran considerarse contradictorios, en cuanto que el de la Corte parece excluir de la protección del art. 30 de la Constitución Nacional a las situaciones jurídicas subjetivas, pero que en realidad de verdad guardan completo equilibrio, puesto que coinciden en el fondo. En efecto el criterio de la Corte es el de cobijar todas las situaciones jurídicas, ya objetivas o subjetivas, siempre y cuando que estas últimas estén comprendidas dentro de la idea de propiedad en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. Esto es, que hay situaciones subjetivas aceptadas por la ley que llevan envueltas el concepto patrimonial, una manifestación de propiedad, y en estas condiciones gozan del amparo otorgado por la Constitución a los derechos adquiridos.

Se han traído a colación las anteriores consideraciones, tan sólo con el ánimo de fijar la naturaleza jurídica de la situación de uso y goce de las aguas públicas, con relación al alcance de los convenios celebrados por los propietarios de fundos riberaños teniendo como objeto de esos pactos aquel goce y uso de las aguas de uso público. No sin anotar antes, que el precepto que le sirve de apoyo a la situación jurídica de los derechos adquiridos —30 de la Constitución— habla sólo de derechos civiles, y poniendo de relieve el de la propiedad privada. Estos derechos civiles no son otros que los de familia, los patrimoniales propiamente dichos, y aquellas

situaciones subjetivas nacidas de la ley y de hechos legalmente consumados, en que su relación con la cosa es directa, y de donde nacen manifestaciones de propiedad que dan origen a múltiples situaciones patrimoniales.

Sobre los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, que son bienes de uso público, y como tales pertenecen a la Nación, los particulares tienen su uso y goce, y los riberaños, preferencialmente, para que se les tenga en cuenta antes que a otros. Pero su situación subjetiva no está en relación directa con el objeto —las aguas— sino subordinada a la de propietario del predio riberaño: el dueño no puede disponer del fundo reservándose el uso y goce de las aguas, ni al contrario enajenar este uso y mantener la situación preferencial de propietario riberaño. Su situación ante el uso de las aguas, no es "subjetiva patrimonial", pues no es más que la de una facultad para poder ser admitido como usuario de las aguas de uso público, supeditada obligatoria y legalmente a la principal de la riberaña. "Es el derecho general de los vecinos de un país, respecto de un objeto concreto, a ser admitidos a las instituciones públicas de aprovechamiento general, y a utilizar sus cualidades de interés individual".

Y no se diga que el uso preferencial de las aguas produce a los riberaños beneficios económicos, porque si esto es cierto, ello obedece a un fenómeno de repercusión, consistente en el proceso de valorización de las tierras adyacentes a las riberas, igual al que se da con el mayor precio que adquieren los predios con la apertura de una vía de comunicación. Así, "el derecho al uso de la calle no es un bien patrimonial de los particulares, pero determina el aumento del precio de las propiedades vecinas".

De aquí que la doctrina y la jurisprudencia hayan considerado al derecho preferencial del riberaño al uso de las aguas públicas, como un derecho real "sui generis", que

su constitución obedece a un régimen legal reglamentario, no a declaraciones de voluntad originadas entre los particulares. No es posible concebir jurídicamente que los pactantes se obligaran o comprometieran de antemano y no pudieran de ninguna manera determinar las cláusulas de su convenio. "El individuo que lo ejerce no se encuentra en una situación de derecho privado, sino en una relación reglamentaria de derecho público". Los derechos reales implican una relación directa entre el sujeto y el objeto del derecho, con exclusión de toda otra persona. Los usuarios de las aguas no están en una situación semejante. En los dos casos se trata de utilizar una cosa material, pero en el primero hay una relación de derecho privado, y en el segundo, el individuo tiene el simple carácter de usuario sometido a los reglamentos de la administración. Su relación con la cosa no es directa, sino sujeta a reglamentos administrativos que emanan del Estado como propietario de las aguas". Esto es, una situación jurídica dependiente de otra principal: la de propietario de fundo riberano, de la cual la primera es su efecto inmediato y directo, y no se pueden constituir derechos sobre las aguas de uso público independientemente del fundo para cuyo beneficio se derivan. De donde ha de seguirse, que dada la naturaleza de bienes de uso público que tienen los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales y que atraviesan distintas heredades, no susceptibles de actos de disposición por parte de los particulares, ni de incorporación como derecho patrimonial, no se puede invocar la teoría de los derechos adquiridos en materia de aguas, frente al Estado que tiene su pleno poder de reglamentación.

Hay lo que podría llamarse una "imposibilidad jurídica", en la imposición de los convenios celebrados entre los particulares sobre el uso y goce de las aguas públicas del Estado: éste es dueño de ellas y su derecho de reglamentación no puede supedi-

tarse por estipulaciones contractuales que sólo pueden tener efectos entre los pactantes.

"Mientras el Estado no haga uso de su derecho de reglamentar el beneficio de las aguas, los particulares riberanos pueden utilizarlas con exclusión de los no riberanos. Mientras exista esta situación de disfrute de las aguas en ausencia de reglamento administrativo, de una manera natural y espontánea. Pero la validez de esta convención es precaria porque no se puede imponer al Estado que no tiene obligación de tenerla en cuanto en el momento de reglamentar el uso de las aguas". (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)

158, 2ª; 159, 1ª y 2ª; 160, 1ª y 2ª y 161, 1ª.

- 10 -

ALIMENTOS

Para tasar los alimentos que una persona debe a otra, la ley exige al juez (art. 423 del C. C.) que tenga en cuenta las facultades de quien lo debe y sus circunstancias domésticas (art. 419) y las capacidades del alimentario (art. 420). (Negocios Generales. noviembre 20 de 1951. T. LXXI. Nos. 2110-2111)247, 2ª y 248, 1ª

- 11 -

APELACION

El auto que niega la reposición de otro contra el cual no se interpuso en tiempo el subsidiario de apelación, es inapelable, a menos que en él se resuelvan puntos nuevos (artículo 492 del C. J.). (Negocios Generales. Enero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)238, 2ª y 239, 1ª

- 12 -

ARRENDAMIENTO (Cuantía del contrato para efectos de la competencia para conocer de juicios relacionados con él)

La cuantía de un contrato de arrenda-

miento para efectos de la competencia de los jueces que conozcan de litigios relacionados con él, es muy distinta del valor del contrato para el efecto de los requisitos solemnes que en su celebración deban cumplirse conforme a las disposiciones especiales sobre la materia. (Casación Civil. Marzo 5 de 1952. T. LXXI. N° 2112)325, 2ª y 326, 1ª

- 13 -

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y MANDATO

La Corte en numerosas providencias ha reafirmado el concepto de que "En el mandato el mandatario precisamente ejecuta o ha de ejecutar actos jurídicos y no meros actos materiales, que es lo que por su lado caracteriza el arrendamiento de servicios. El mandatario procede en el lugar y nombre del mandante...". Nuestra jurisprudencia tiene establecido claramente cómo los dos contratos de que se viene hablando deben distinguirse y cuál fácil es hacerlo parando mientes en que el mandato, en contraste con el arrendamiento de servicios, implica necesariamente la representación, al punto de figurar como elemento esencial de su definición misma (C. C. artículo 2124 citado) el que la persona encargada de la gestión se haga cargo de los asuntos respectivos por cuenta y riesgo de aquella que la ocupa".

Dentro de estos conceptos, el texto del artículo 2144 del C. C., según el cual "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato", no puede entenderse en el sentido disyuntivo que ofrecen sus términos, sino en el de la concurrencia del servicio con la representación de la persona a quien se presta; porque si el mandato supone esencialmente un acto jurídico de obligatoriedad para el mandante, resulta a to-

das luces inaceptable la sola posibilidad de que llegue a estructurarlo el simple servicio del médico que ejecuta una operación quirúrgica, o el del mismo abogado que se encarga de la confección de una minuta, no obstante suponer tales servicios los dilatados estudios profesionales que supone el texto. (Casación Civil. Febrero 25 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ...121, 2ª y 122, 1ª

- 14 -

ARRENDATARIO (Presunción de responsabilidad por destrucción o pérdida de la cosa arrendada)

De acuerdo con el artículo 2095 del C. C., especial para el contrato de arrendamiento, pesa sobre el arrendatario la presunción de culpabilidad. Le toca a él destruir esa presunción, probando que la pérdida no sobrevino por su culpa, ni por la de sus huéspedes o dependientes, es decir, acreditar que empleó la diligencia o cuidado ordinario o mediano en la conservación de la cosa, pues esa clase de diligencia, que es la opuesta al descuido ligero y que corresponde a un buen padre de familia (artículos 63, incisos 3º y 4º, C. C.), es la que, según el artículo 1997 ibidem, debe emplear el arrendatario.

Estos principios son la aplicación de los generales que sienta el Código en materia de culpa contractual, a saber: que el deudor no es responsable sino de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, como el arrendamiento, y que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (artículo 1604); que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa y, además, la de conservar hasta la entrega, si aquélla versa sobre cuerpo cierto, y que la de conservar exige emplear en su custodia el debido cuidado (artículos 1605 y 1606); que siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o

culpa suya (artículo 1730), y que la extinción de las obligaciones incumbe probarla al que la alega (artículo 1757).

De manera que cuando está probada plenamente no sólo la obligación contractual del arrendatario, sino también su inejecución (pérdida del cuerpo cierto que estaba en su poder por razón del contrato), sobre él pesa, a virtud de plurales principios, la presunción legal de ser responsable de la destrucción de la cosa; y el arrendador, a quien correspondía probar aquellas premisas (obligación y pérdida), queda entonces, sí las acredita, exonerado de probar la culpa que es fuente de la responsabilidad de su deudor.

La regla general de que al deudor que no ha ejecutado o cumplido su obligación no le basta probar, para librarse de responsabilidad, que fue diligente y cuidadoso, sino también el hecho que imposibilitó el cumplimiento (artículo 1604), sobrevenido sin su culpa y sin hallarse en mora, “se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes”. Y una parcial excepción consagra el artículo 2005, en su inciso final, que atenuando el rigor de aquel principio —en atención sin duda a que al arrendatario lo afecta directamente todo daño o pérdida de la cosa de que está gozando— exonera de responsabilidad al arrendatario con sólo probar su ausencia de culpa, es decir, que empleó la diligencia o cuidado que la ley le exigía en la conservación de la cosa para prevenir la pérdida o el daño. Pues no siendo normal que nadie quiera perjudicarse a sí mismo, se apartaría de la humana condición quien, extremando el principio, exigiera la prueba del caso fortuito o de la causa extraña como el único medio para eximirse el arrendatario de la responsabilidad que apareja el incumplimiento de la obligación de restituir la integridad de la cosa arrendada, cuando se hace imposible

determinar la verdadera causa del siniestro, sin la cual no es posible demostrar que la pérdida del cuerpo cierto debióse a un hecho imprevisto a que no pudo resistir. (Casación Civil. Abril 4 de 1952. T. LXXI. Número 2113) 719, 2ª y 720, 1ª

— C —

- 15 -

CADUCIDAD (Requisitos para declaración administrativa de caducidad de contratos)

Las disposiciones pertinentes del Código de lo Contencioso-Administrativo (artículos 254 y siguientes) no establecen, ciertamente, ningún procedimiento administrativo antes de llegar a la caducidad, limitándose a determinar que ésta debe proferirse mediante resolución motivada del Gobierno, “en la cual se expresarán las causas que dan lugar a ella”. Mas si de la expresión RESOLUCION MOTIVADA ha de deducirse la facultad para el Gobierno de allegar oficiosamente las informaciones y pruebas necesarias, no es menos evidente que de nuestra legislación, en lo tocante a ciertos contratos o concesiones administrativas, se desprende a las claras, como principio dominante en materia de caducidades, el de permitirle al contratista o concesionario defenderse o explicarse previamente.

Así, en relación con la caducidad de los contratos o permisos sobre petróleos, dice la parte final del artículo 47 de la Ley 37 de 1931:

“La declaración administrativa de caducidad o la cancelación de permisos no se harán sin que previamente se notifiquen al interesado las causales que se alegan, notificación que se llevará a cabo en la forma que se determine en cada contrato.

“El interesado dispondrá de un término de noventa días, (90) contados desde que quede hecha la notificación respectiva, para

que rectifique o subsane las faltas de que se le acusa o formule su defensa”.

Y el Decreto 1382 de 1940, referente a las concesiones para el aprovechamiento de aguas de uso público, reza en su artículo 39 lo siguiente, a propósito de la caducidad de tales concesiones:

“La declaración administrativa de caducidad no se hará sin que previamente se notifique personalmente al interesado de las causales que, a juicio del Ministerio de la Economía Nacional, hayan sido violadas; y el interesado dispondrá de un término de quince (15) días hábiles para que rectifique o subsane la falta o faltas de que se le acuse, o formule su defensa”.

De otra parte, como en estos casos no se trata de decidir sobre la resolución o terminación del contrato, precisamente porque la declaración de caducidad es una prerrogativa legal de la administración, ¿cómo se podría enjuiciar dicha declaración si no es a la luz de los propios antecedentes que sirvieron para dictarla? Y siendo ésto así, ¿cuál la coyuntura de defensa para el contratista, si ella no se le brinda dentro de la correspondiente actuación administrativa y antes de llegar a la caducidad? (Negocios Generales. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. N° 2110-2111)284, 2ª y 285, 1ª

- 16 -

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS (Prueba que se requiere en caso de enfermedad del procesado)

El inciso 2º del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal autoriza al Gobierno para disponer que los sindicados o procesados por los delitos de la competencia del Juez Superior del Distrito Judicial, sean juzgados en otro distrito judicial distinto de aquel donde se cometió el delito, cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada, que

exija el cambio de clima o de residencia del inculpado.

De conformidad con la doctrina reiterada en varios casos análogos, no es suficiente el certificado de médicos particulares para comprobar la enfermedad grave que padezca el procesado que exija el cambio de clima del inculpado, sino que es necesario el de los médicos legistas.

Por otra parte, no debe perderse de vista que el artículo 9º del Código de Régimen Carcelario y la Resolución N° 162 de 1937, que reglamentó aquella norma, autorizan al Director General de Establecimientos de Detención y Pena para que, previo concepto del consejo de disciplina, del cual forma parte el médico, y aprobación del Ministerio de Justicia, un detenido pueda ser trasladado de un establecimiento a otro, del mismo o de distinto lugar, cuando se trata de detenidos que sufran enfermedades no graves y cuya duración y tratamiento requieran transitorio cambio de clima.

El cambio de radicación del proceso sólo puede tener lugar, pues, cuando se trate de la existencia plenamente comprobada de lesiones graves, incurables en determinados climas, como nefritis, tuberculosis, en estados avanzados, y especialmente lepra (que tiene legislación especial). (Casación Penal. Enero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)

189, 1ª y 2ª

- 17 -

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

Cuando en la comisión de un delito intervienen factores de carácter político, la exaltación pasional puede traducirse en hechos que sugieren la posibilidad de que la justicia sea influenciada por ese criterio perjudicial para que se administre rectamente, pues los funcionarios de la Rama Jurisdiccional o quienes por cualquier circunstan-

cia tienen que intervenir en esa clase de procesos, pueden ser víctimas del influjo nocivo que predomina en el lugar en que debe juzgarse a los acusados. En estos casos, el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal debe tener cumplimiento efectivo, decretando el cambio de radicación, pero esa medida no se justifica con base en simples temores sin fundamento probatorio alguno, de que la administración de justicia pueda sufrir menoscabo, ora sea por la parcialidad de los funcionarios que intervienen en el proceso o por el ambiente perjudicial que domina en el lugar donde deba juzgarse al procesado, que dificulte el pleno ejercicio de los derechos de las partes. (Casación Penal. Enero 30 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)193, 2ª

- 18 -

CAPACIDAD PARA OBRAR (Presunción de)

La capacidad para celebrar un contrato o ejecutar un acto jurídico no necesita ser demostrada concretamente por medio de pruebas: la ley la presume. El artículo 1503 del Código Civil enseña que "toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces". De allí que con toda propiedad pueda decirse que la capacidad es la regla general y que la incapacidad es la excepción. Este principio lo consagra también la ley, como es lógico y obvio, en materia de testamento, como puede verse en el artículo 1061. *ibidem*.

Esta presunción sólo puede caer bajo el peso de la prueba contraria, y para desvirtuarla en casación, es necesario que el recurrente alegue y demuestre que el sentenciador incurrió en error de hecho evidente o en error de derecho en la apreciación de la prueba que se produjo con el objeto de demostrar la incapacidad de uno de los contratantes, o del testador, cuando de testa-

mento se trata. (Casación Civil. Marzo 10 de 1952. T. LXXI. Nº 2112)383, 2ª y 384, 1ª

- 19 -

CASACION

Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar al estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado. (Casación Civil. Abril 22 de 1952. T. LXXI. No. 2113) 741, 1ª

- 20 -

CASACION (No puede ser interpuesta por el mandatario que sólo tiene poder para la segunda instancia)

Si la casación difiere fundamentalmente de la apelación, por su esencia, por su naturaleza, por su carácter, por sus fines, tanto como por la función que cumple el tribunal al que está atribuida, no puede jamás considerarse que el poder que el mandatario tenga, limitado a la sola segunda instancia, pueda autorizarlo para interponer este recurso. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)96, 2ª

- 21 -

CASACION (No procede contra sentencias en juicios especiales de servidumbre)

Por el hecho de que los sentenciadores de instancia acogiesen en la tramitación del juicio las normas procesales peculiares del juicio ordinario, la acción especial no convirtiéndose en ordinaria, en fuerza de que "lo que ca-

racteriza la acción adjetivamente considerada no es el procedimiento que arbitrariamente se le asigne, sino lo que ella es en realidad, o sea la naturaleza del derecho ejercitado y las formas que el Código de la materia adopte para discutir dicho derecho".

De tal manera que la sentencia dictada en esas condiciones constituye la culminación de un procedimiento contrario al señalado expresamente por la ley procesal vigente y aun cuando haya sido pronunciada, previas todas las formalidades inherentes al juicio ordinario, no adquiere la virtud de producir los efectos legales de los que procedimentalmente deben pronunciarse por esta vía. En consecuencia no correspondiendo el fallo a una acción que tenga señalado el procedimiento del juicio ordinario, sino el del juicio especial, está fuera del alcance del recurso de casación. (Casación Civil. Octubre 2 de 1951. T. LXXI. N° 2113) 699, 2ª

- 22 -

CASACION (Ley sustantiva)

El quebrantamiento de los arts. 593 y 597 del C. J., no constituye motivo de casación de las sentencias. Ellos no contienen sino una regla general que fija al juzgador la forma de dictar sus decisiones; el primero, y la de como deben presentarse las pruebas para su estimación en juicio, el segundo. Su violación no dá motivo a la infirmación de los fallos, si no se acusan igualmente por la de las disposiciones pertinentes del mismo Código que establece los medios probatorios y el valor que a ellos asigna la ley, y la de las correspondientes de la sustantiva. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 163, 2ª

- 23 -

CASACION (Las normas sobre pruebas no son ley sustantiva)

Como lo ha expresado la Corte en reite-

rada jurisprudencia, las normas legales sobre pruebas, sea que se encuentren en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Civil, no constituyen normas sustantivas, sino simples normas adjetivas o procedimentales, porque no otorgan derechos. Lo que le dá el carácter de sustantiva a una disposición legal, no es la ubicación en determinado código, sino su naturaleza intrínseca, como sucede siempre que de ella se deducen derechos materiales o situaciones jurídicas que generan tales derechos. La regulación probatoria mira o patentiza ante el funcionario judicial la existencia de aquellos derechos, pero no los crea ni los otorga. (Casación Civil. Abril 25 de 1952. T. LXXI. Número 2113) 763, 1ª

- 24 -

CASACION (Técnica de)

La Corte no puede variar oficiosamente el concepto en que por el recurrente en casación se propone un cargo para considerarlo por otro no invocado. (Casación Civil. Enero 28 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) 43, 1ª

- 25 -

CASACION (Técnica de)

Cuando el sentenciador deduce la demostración de un hecho de un conjunto de pruebas, no le basta al recurrente, para triunfar en casación, atacar una o algunas de ellas, sino que le es preciso combatirlas eficazmente a todas. (Casación Civil. Febrero 6 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 82, 1ª

- 26 -

CASACION (Técnica de)

Para que pueda estudiarse un ataque en casación, es necesario, dentro de la técnica

de este recurso, que se señalen e individualicen, determinándolos, cada uno de los textos legales que se consideran infringidos, indicando también el concepto en que se consideran violados (art. 531 del C. J.). Si se trata de errores de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, a través de los cuales se ha producido el agravio a la ley sustantiva, también es de rigor para que prospere el cargo que se señalen tales errores con toda precisión y las normas de la ley desconocidas o vulneradas. (Casación Civil. Febrero 20 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 88, 2ª y 89, 1ª

- 27 -

CASACION (Técnica de)

Cuando una sentencia se apoya en varias razones, y el recurrente en casación sólo ataca algunas de ellas, no es procedente la casación del fallo si los fundamentos no atacados por quien recurre son por sí solos soportes suficientes para mantener la decisión adoptada por la sentencia de instancia. (Casación Civil. Febrero 20 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) 88, 1ª

- 28 -

CASACION (Técnica de)

Cuando en casación se acuse una sentencia, como ésta puede ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea, es indispensable concretar el sentido en que los textos legales pertinentes hayan sido vulnerados, para que la Corte logre configurar conceptualmente el pensamiento del recurrente sobre el particular y determinar la órbita en que debe quedar circunscrito el debate. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 142, 1ª

- 29 -

CASACION (Técnica de)

Siendo el recurso de casación una entidad puramente técnica, no se puede entrar a examinar la existencia de una causal cuando el demandante no hace alegación alguna sobre ella ni explica en qué consiste la violación cometida en la sentencia sujeta al recurso. Es decir, que el recurrente no debe limitarse a enunciar la causal, sino que debe demostrarla, exponer en forma precisa y clara los fundamentos de ella y las disposiciones violadas por el fallador de instancia, y cuando esto no ocurre, hay carencia de materia para un estudio de casación y la causal alegada no puede prosperar. (Casación Penal. Abril 25 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 822, 1ª

- 30 -

CASACION (Medios nuevos)

En innumerables sentencias, ha dicho la Corte que no son admisibles en casación las acusaciones de la sentencia fundadas en hechos que no fueron materia del debate en las instancias del juicio. Los llamados medios nuevos no son admisibles en este recurso. Ante la Corte, en casación, no se pueden traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate en instancia. (Casación Civil. Marzo 31 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 516, 2ª

- 31 -

CASACION (Improcedencia de los medios nuevos)

Es doctrina jurídica que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación y que ha sido establecida por esta Corte en innumerables fallos, la de que no pueden ser objeto de tal recurso cuestiones que no se hayan debatido en las instancias del juicio, y

que en este recurso no pueden introducirse medios nuevos, o sea traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 348, 1ª y 2ª

- 32 -

CASACION (Cuándo procede por errónea interpretación de un contrato)

En constante jurisprudencia que data de más de medio siglo, ha sostenido la Corte que "los errores en que pueda incurrir el Tribunal al interpretar un contrato o convención entre las partes, de acuerdo con su contexto y con la materia sobre la cual se ha contratado, y en la apreciación relativa a la intención de las partes en las cláusulas de un contrato, son errores de hecho que no dan cabida al recurso de casación sino cuando se alegan dichos errores, y éstos constan de un modo evidente" o manifiesto en los autos.

"La interpretación de un contrato es, por lo demás, una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probatoriamente establecidos en el juicio, de tal modo que no es posible desestimar la hecha por el Tribunal sino a través de la alegación de un error evidente de hecho que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes". (Casación octubre 15 de 1898, Tomo XIV, pág. 52; 15 de diciembre de 1911, Tomo XX, pág. 36; 9 de diciembre de 1939, Tomo XIX, pág. 148; 18 de mayo de 1943, n. 1996, pág. 298). (Casación Civil. Enero 28 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 42, 2ª y 43, 1ª

- 33 -

CASACION (Por errónea interpretación de un contrato)

La interpretación de un contrato es una

cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probablemente establecidos en el juicio, de tal manera que no es posible desestimarla por la Corte, sino al través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho, que ponga de manifiesto, incuestionablemente, una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes. (Casación Civil. Marzo 31 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 520, 2ª

- 34 -

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

En casación, cuando se alega la violación de la ley proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, es necesario que el recurrente alegue y demuestre con la cita y determinación de la prueba correspondiente, que el Tribunal incurrió en un error de derecho o de hecho, manifiesto en los autos, al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponde o que esa apreciación está en evidente contradicción con la realidad procesal. (Casación Civil. Febrero 4 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 68, 1ª

- 35 -

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

Cuando el recurso se funda en violación de la ley a consecuencia de error de hecho o de error de derecho en la apreciación de pruebas, es preciso citar las pruebas que estuvieron mal apreciadas y decir y demostrar en qué consistió este error, como lo requiere perentoriamente el numeral 1º del artículo 520 del C. J. (Casación Civil. Febrero 27 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 131, 2ª

- 36 -

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

El error de hecho se presenta cuando, no obstante haberse producido una prueba, no se tiene en cuenta para el fallo, o se toma en cuenta o se tiene como probado un hecho que no ha sido probado; el error de derecho resulta de su discrepancia con el respectivo precepto legal. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111).....

171, 1ª y 2ª

- 37 -

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

Es abundante la jurisprudencia de la Corte acerca de las condiciones que debe reunir la presentación del cargo que se formule con fundamento en errores de hecho o de derecho en materia de pruebas. El recurrente debe cumplir con tres requisitos: Primero, señalar con precisión las pruebas que en su concepto fueron interpretadas erradamente por el Tribunal; segundo, probar que esa mala apreciación constituye un error de hecho apreciable de modo evidente en los autos, o que se incurrió en error de derecho en la interpretación de los textos legales que regulan dichas pruebas; y tercero, demostrar que tal error en la prueba condujo al Tribunal a la violación de una norma legal sustantiva, la cual debe ser citada y comentada para el efecto de precisar si el quebranto de la ley se produjo por violación directa, aplicación indebida, o interpretación errónea. (Casación Civil. Marzo 5 de 1952. T. LXXI N° 2112) 324, 2ª

- 38 -

CASACION (Error de derecho)

La apreciación en conjunto de las pruebas

que obran en el juicio la autoriza la ley, y no puede deducirse error de derecho porque, debido a esa apreciación global se llegue por el sentenciador a una conclusión a la cual no llevaría cada uno de los medios de prueba apreciados por separado. (Casación Civil. Enero 24 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)

39, 1ª

- 39 -

CASACION (Error de hecho y error de derecho en la apreciación de pruebas)

La causal primera de casación autorizada por el artículo 520 del C. J., consiste siempre en ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva; y a esa violación ha podido llegar el sentenciador por alguno de estos dos caminos, o por ambos a la vez: por vía directa, cuando hay una equivocada interpretación de la ley, en sí misma considerada, o ha dejado de aplicarse al hecho controvertido, o se ha aplicado, pero en forma defectuosa; y por vía indirecta, a través de la apreciación probatoria, y entonces el error puede ser de dos clases: error de derecho, o error de hecho evidente, que aparezca de manifiesto en los autos.

La Corte ha definido el error de hecho diciendo que consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido un hecho, cuando no es así, o al contrario, de que no ha ocurrido, siendo que está plenamente acreditado en el proceso. Es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno.

Hay error de derecho, al dar a determinada prueba un valor que no tiene según la ley, o un valor distinto del que la ley le asigna.

El error de derecho en la apreciación de la prueba, a fin de que prospere, requiere, ante todo, que los artículos o disposiciones legales señalados impongan determinada fuerza a la prueba no tenida en cuenta en

la sentencia, o bien priven de eficacia a la que sirvió de fundamento al fallo. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) 111, 2ª y 112, 1ª

- 40 -

CASACION (Error evidente de hecho en la apreciación de pruebas)

Sabido es que hay error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas cuando la sentencia dá por establecidos hechos que claramente no aparecen en las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente, en otros documentos del proceso. En otros términos, para que haya esta clase de error en la apreciación de pruebas, es necesario que resulte demostrado de modo evidente de esas pruebas, o de otros comprobantes del proceso, que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 171, 2ª

- 41 -

CASACION (Cuándo puede variarse la apreciación de indicios hecha por el Tribunal)

Es doctrina de la Corte la de que no tratándose de indicios necesarios, a ella no le es dado modificar en casación el criterio tenido en cuenta por el sentenciador de instancia. (Casación Civil. Enero 19 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 25, 1ª

- 42 -

CASACION (Causal 1ª de)

Hay ERROR DE HECHO cuando se pasa sobre una prueba decisiva sin considerarla siquiera, como si no hubiese sido producida, o cuando, al ser analizada en sí misma, y no

en función de su mérito probatorio, se la interpreta sin fidelidad objetiva, para desconocerle su propia sustancia, o para restringirle o ampliarle o cambiarle su contenido real.

Existe, en cambio, ERROR DE DERECHO, en esta circunstancia, cuando la falla de la sentencia se refiere a la valoración de la prueba, como cuando se atribuye pleno valor probatorio a un documento no reconocido o se niega a uno público o auténtico, crédito total; o cuando se desestima el mérito legal de un elemento o conjunto de probanzas, que tiene la virtud jurídica de crear evidencia, como cuando haciendo parte del acervo probatorio una confesión válida y perfecta de la parte, deja de asignársele su valor definitivo.

De lo anterior se deduce que en el estudio judicial de la prueba hay dos momentos distintos: uno primero, estático, en que el Juzgado la contempla y valora considerándola en sí misma, para constatar su existencia, investigar su naturaleza y modalidades, palpar su consistencia y apreciar su exacto contenido, y no más; y otro segundo, dinámico, en que toma ese material probatorio, para ponderarlo en la balanza de la ley con sujeción a su tarifa, y así medir su validez, fijar su trascendencia y limitar el ámbito de su operancia. En el primer momento es cuando el Juez puede incurrir en error de hecho, y en el segundo, cuando puede cometer el de derecho. Es claro que pueden sumarse ambos errores por defecto en uno y otro grado de este proceso lógico.

En síntesis, cuando el juzgador no le dio a la prueba el valor legal que le asignan las correspondientes disposiciones legales, el error que se comete entonces es de derecho. El error de hecho es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno.

Si no hubo apreciación de la prueba, en presencia de disposiciones legales que le

otorgan determinado valor, no pudo cometer el Tribunal el error de derecho que se acusa. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ... 175, 2ª y 176, 1ª

- 43 -

CAUSAL 1ª DE CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

El motivo de casación consagrado y definido en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial es el de violación de ley sustantiva, y por tal se entiende aquella que otorga derecho, o impone obligaciones a las personas.

Por eso, cuando la violación proviene de un error de derecho en la apreciación de determinada prueba, no basta citar la disposición procedimental que consagra el valor de ésta, sino que es preciso también señalar como violados los preceptos de la ley sustantiva relativos al derecho mismo cuya existencia se ha controvertido en el proceso. A la Corte no le es dable suplir oficiosamente la deficiencia en la formulación de un cargo.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil ha repetido constantemente que "la causal de casación establecida en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial es la violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse entre otras circunstancias, por razón de una errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate; pero en todo caso es el quebranto de la ley sustantiva el motivo de casación consagrado en dicho numeral, pues la errónea apreciación de pruebas no es por sí causal de casación.

"Una demanda de casación —ha dicho también la Corte— limitada a acusar por dicho error, aún en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo de ese numeral primero, el de violación de la ley

Gaceta—2

sustantiva. Recurrente que acusa por error y que demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin pasar las puertas de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas se ha abierto". (Casación Civil. Febrero 20 de 1952. T. LXXI, Nos. 2110-2111) 87, 2ª

- 44 -

CAUSAL 1ª DE CASACION (Falta de apreciación de pruebas o errónea apreciación de las mismas)

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea, o de falta de apreciación determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos (art. 520 del C. J. numeral 1º).

La errónea apreciación de pruebas, como en innumerables fallos lo ha sostenido la Corte, no es por sí motivo de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la violación de la ley.

"El recurso —ha dicho la Sala de Casación Civil —cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones:

"a) El error y su demostración; b) la consiguiente violación de la ley sustantiva, detallada como manda el artículo 531 del C. J.; c) incidencia del cargo sobre la base resolutive de la sentencia".

Es, pues, indispensable la determinación de la ley sustantiva violada, que configure el derecho del recurrente y que por la indebida apreciación de la prueba, dejó de aplicarse, o se aplicó erróneamente. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) 169, 2ª y 170, 1ª

- 45 -

CAUSAL 1ª DE CASACION (Es improcedente cuando la sentencia no entró al fondo de la cuestión)

Cuando el sentenciador se abstuvo de entrar al fondo de la cuestión por carencia de uno de los presupuestos procesales, como, por ejemplo, la legitimación en causa, no puede recurrirse en casación con base en infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de disposiciones legales que por el motivo anotado, el sentenciador no tuvo en cuenta al pronunciar su fallo. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)175, 1ª y 2ª

- 46 -

CAUSAL 1ª DE CASACION (Cuándo es procedente la violación directa de la ley)

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, independiente de la cuestión de hecho que se trata de regular. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)176, 2ª y 177, 1ª

- 47 -

CAUSAL 1ª DE CASACION

Para que las tesis o doctrinas expuestas en la sentencia materia del recurso de casación, puedan dar margen a configurar la causal primera del artículo 520 del C. J. es indispensable que el recurrente demuestre que en virtud de ellas se violaron leyes sustantivas y explique además el concepto de su violación. Por sí solas las tesis equivocadas que contenga la sentencia de segunda ins-

tancia no dan base para la casación. (Casación Civil. Marzo 5 de 1952. T. LXXI. Número 2112)326, 1ª

- 48 -

CAUSAL 1ª DE CASACION (Cuáles normas tienen el carácter de sustantivas)

Dentro del mecanismo técnico de la causal primera, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fije el mérito probatorio, violación medio, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que dá acceso a la casación.

En el presente caso el recurrente señaló como violadas disposiciones que tienen reconocida su sustantividad de carácter procesal, en el sentido de importancia como medio de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho, y esto no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley de señalar la disposición propiamente sustantiva. (Casación Civil. Abril 30 de 1952. T. LXXI. N° 2113) ..777, 2ª

- 49 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (Es procedente cuando no se tomó en cuenta una excepción perentoria alegada oportunamente)

Según lo tiene repetido la Corte en constante y uniforme jurisprudencia, el mandato de que trata el artículo 343 del C. J., conforme al cual, "cuando el juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerse en la sentencia", sólo tiene aplicación respecto de las instancias del juicio, mas no para juzgar en casación el fallo con que aquéllas conclu-

veron; ni alegados en oportunidad los hechos en que se apoye una de tales excepciones, cabe sustentar aquel recurso con base en la causal primera, sino en la segunda, o sea, por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". (Casación Civil. Febrero 25 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)

127, 2ª

- 50 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (No procede contra sentencia totalmente absolutoria)

La causal de casación que consagra el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no puede tener 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 alguno de los puntos sobre que versa la controversia.

Esta causal no es, por tanto, procedente contra una sentencia que es totalmente absolutoria de la parte demandada. (Casación Civil. Marzo 17 de 1952. T. LXXI. Nº 2112)

428, 2ª

- 51 -

CAUSAL 2ª DE CASACION

En los juicios en que interviene el jurado, no puede la Corte abrir un nuevo debate sobre el examen de los elementos de prueba que informan el veredicto, toda vez que la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario, en el que se confronta la sentencia con las disposiciones legales, en orden a establecer si el juzgador, en vista de las razones propuestas por el demandante, violó o no la ley penal. Y el examen de los elementos probatorios traídos al proceso corresponde a los falladores de instancia y son éstos los que tienen facultad legal

para declarar cuándo un veredicto es contrario a la evidencia de los hechos.

En éstos o parecidos términos se ha expresado la Corte en casos similares y se ha dicho también que es cierto que al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, la Sala guiada por un criterio de amplitud dio cabida en algunos casos a la causal segunda de casación del artículo 567 de la ley procedimental, pero a partir del fallo de 3 de noviembre de 1944, la Corte recogió sus conceptos y en sentencias posteriores unificó su doctrina en el sentido de que la causal segunda de casación no puede ser alegada en los juicios en que interviene el jurado, sino únicamente en los juicios ante los jueces de derecho. El examen de la responsabilidad del acusado, no es tema propio del recurso de casación, sino de las instancias del juicio, y es el jurado quien afirma o niega la responsabilidad con fundamento en la libre apreciación de las pruebas, según su íntima convicción. De aquí que la Corte no tenga facultad para abrir en este recurso extraordinario de casación un debate clausurado por la intervención del tribunal de conciencia, que tuvo oportunidad de analizar, por el criterio de la verdad sabida y buena fe guardada, las pruebas del proceso; para afirmar o negar la responsabilidad del acusado.

La propia Comisión redactora del estatuto procesal vigente expresó en las actas el fundamento que ha mantenido la Corte para no considerar la causal segunda como motivo de casación en los negocios en que interviene el jurado. (Casación Penal. Marzo 14 de 1952. T. LXXI. Nº 2112) 542, 1ª y 2ª

- 52 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (Por qué es procedente en recursos contra sentencias militares proferidas por los hechos del 10 de julio de 1944)

El Decreto Ejecutivo número 1197 de 29

de mayo de 1951, en su artículo 1º, hizo extensivos los recursos extraordinarios de casación y de revisión consagrados por el Código de Justicia Penal Militar, a las sentencias de segunda instancia dictadas en los procesos de que hubieran conocido en la primera Consejos de Guerra Verbales y contra las cuales, cuando se profirieron, la legislación vigente no consagraba tales recursos, ni éstos habían sido objeto de nulidad.

El artículo 2º del mismo Decreto dispuso que los recursos de que antes se habla, se "tramitarán y decidirán en la forma y términos señalados para los mismos en el Código de Justicia Penal Militar vigente", es decir, que para efectos de la tramitación de aquellos recursos y en cuanto a la forma de decisión de los mismos, remite la disposición aludida, a lo establecido para tales casos en el Código de Justicia Penal Militar vigente cuando se dictó dicho Decreto.

El Código Penal Militar vigente cuando se dictó el Decreto que consagró los recursos de que se viene hablando para los procesos que no los tenían cuando se profirieron en ellos las sentencias de segunda instancia ni habían sido objeto de nulidad, es el Decreto Ejecutivo número 1125, de 31 de marzo de 1950, el cual dispone que entrará a regir el 20 de abril del mismo año, y que en sus disposiciones transitorias preceptúa:

"Artículo 458. Las disposiciones de este Código se aplicarán solamente a los procesos que se iniciaren después de su vigencia.

"Los sumarios o juicios que estuvieren pendientes, cuando entre en vigencia, continuarán rigiéndose por el procedimiento anterior, si fuere más favorable al procesado".

Por consiguiente, de acuerdo con la norma antes transcrita, el Código Penal Militar vigente para los procesos iniciados antes del 20 de abril de 1950 y que en calidad de sumarios o juicios estuvieren pendientes en esta fecha, entre los cuales se hallaban los que surgieron como consecuencia de los su-

cesos ocurridos el 10 de julio de 1944, es la ley de Justicia Penal Militar anterior al mencionado Decreto número 1125 de 1950, o sea, la Ley 3ª de 1945.

Esta ley, en su artículo 97, establece como causales que dan lugar al recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares, las mismas que consagra el Código de Procedimiento Penal ordinario, es decir, que entre las causas que pueden dar lugar a casar una de tales sentencias, se encuentran todas las enumeradas en la causal segunda del Código antes nombrado.

En otros términos, es por virtud de lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo 1197, de 29 de mayo de 1951, que en los procesos surgidos como consecuencia de los hechos ocurridos el día 10 de julio de 1944 en la ciudad de Pasto, hay lugar al recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares, con admisión, para esos procesos, de la causal segunda, en forma análoga a lo que estatuyó la Ley 82 de 1948 para las sentencias pronunciadas por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares respecto de los delitos cometidos en los días 9 de abril y siguientes del mismo año. (Casación Penal. Abril 1º de 1952. T. LXXI. Nº 2113) ...

791, 2ª y 792, 1ª

- 53 -

CAUSAL 3ª DE CASACION (Casos en que intervino jurado en el juicio)

En los juicios con intervención del jurado, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto del tribunal popular, y no en consonancia con el auto de proceder, por la sencilla razón de que el jurado tiene facultad legal de apartarse del pliego de cargos formulados en dicho auto y para consignar en su respuesta "circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario", de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943.

Es bien sabido que lo inmodificable del auto de proceder no es su parte motiva, sino la resolutive, de tal suerte que sólo la calificación genérica del delito hecha en esa providencia es la que no puede desconocer la sentencia. En cambio, el pliego de cargos formulado en la parte motiva sí está sujeto a rectificación ulterior, en vista de lo alegado y probado en el curso del juicio. Esta la razón para que en el recurso extraordinario de casación y tratándose de juicios con intervención del jurado, no sea pertinente sustentar ante la Corte el primer motivo de la causal tercera de casación, o sea, desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino disconformidad de aquélla con el veredicto del jurado, segundo motivo de la causal citada. (Casación Penal. Marzo 7 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 529, 1ª

- 54 -

CAUSAL 7ª DE CASACION

El 7º motivo de casación no depende, como es obvio, de que el Tribunal declare que es competente y se abstenga, no obstante, de conocer del asunto, situación imposible por absurda, desde luego que si la abstención obedece al reconocimiento de una excepción perentoria, que impide fallar sobre el fondo del pleito, la realidad es que está aplicando la ley de excepción oportunamente deducida o que aparece plenamente justificada en el proceso. Podría decirse que en tal caso el Tribunal no se abstiene de conocer sino que falla sobre la excepción. Y la sentencia, si el medio exceptivo no está suficientemente probado, podría acusarse por el primer motivo, desde luego que los hechos que configuran las excepciones perentorias —salvo la de incompetencia de jurisdicción que más que excepción es el presupuesto absoluto y cardinal del juicio— suponen siempre derechos ci-

viles cuyo desconocimiento implica violación de ley sustantiva. Y podría atacarse aquélla también, en el mismo caso, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Pero sí consiste la causal 7ª en que el Tribunal declare su incompetencia y prescindida, por tanto, de decidir sobre lo sustancial del litigio, caso en el cual el único medio para corregir su error en casación sería dicha causal, ya que, por ser las normas sobre competencia de carácter adjetivo, no darían base para un recurso por violación de ley sustantiva; ni podría hablarse entonces de incongruencia del fallo, habiéndose abstenido el Tribunal de conocer por carecer de jurisdicción.

Conducen estas razones, en concepto de la Sala, a la conclusión de que el 7º motivo de casación sólo puede referirse a la abstención de conocer por incompetencia de jurisdicción. (Casación Civil. Marzo 24 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 465, 2ª y 466, 1ª

- 55 -

CAUSAL 7ª DE CASACION

La causal 7ª del artículo 520 del C. J., idéntica a la que consagraba el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, obedece a una razón de orden público, como que está vinculada a la alta función de administrar justicia, que la República ejerce por medio del Poder Judicial y que toma el nombre de competencia en cuanto faculta a los jueces para hacer efectiva tal jurisdicción en determinados negocios (artículos 142 y 143 del C. J.). Su ejercicio está definido, reglamentado y limitado por las leyes de procedimiento, según la naturaleza del asunto, la calidad de las partes y el lugar donde el negocio debe ventilarse, siendo improrrogable, salvo excepción expresa, en los dos primeros casos, en los cuales la pretermisión de las reglas respectivas origina nulidad insubsanable, según lo

tiene aceptado la jurisprudencia (artículos 150 y 151 ibidem).

El 7º motivo de casación no depende, como es obvio, de que el Tribunal declare que es competente y se abstenga, no obstante, de conocer del asunto, situación imposible por absurda, desde luego que si la abstención obedece al reconocimiento de una excepción perentoria, que impide fallar sobre el fondo del pleito, la realidad es que se está aplicando la ley de la excepción oportunamente deducida o que aparece plenamente justificada en el proceso. Podría decirse que en tal caso el Tribunal no se abstiene de conocer sino que falla sobre la excepción. Y la sentencia, si el medio exceptivo no está suficientemente probado, podría acusarse en casación por el primer motivo, desde luego que los hechos que configuran las excepciones perentorias —salvo la de incompetencia de jurisdicción, que más que excepción es el presupuesto absoluto y cardinal del juicio— suponen siempre derechos civiles cuyo desconocimiento implica violación de ley sustantiva. Y podría atacarse aquélla también, en el mismo caso, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Pero sí consiste la causal 7ª en que el Tribunal declare su incompetencia y prescinda, por tanto, de decidir sobre lo sustancial del litigio, caso en el cual el único medio para corregir su error en casación sería dicha causal, ya que, por ser las normas sobre competencia de carácter adjetivo, no darían base para un recurso por violación de ley sustantiva; ni podría hablarse entonces de incongruencia del fallo, habiéndose abstenido el Tribunal de conocer por carecer de jurisdicción.

Conducen estas razones, en concepto de la Sala, a la conclusión de que el 7º motivo de casación sólo puede referirse a la abstención de conocer por incompetencia de jurisdicción.

(Casación Civil. Marzo 25 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 479, 2ª y 480, 1ª y 2ª

- 56 -

CHEQUE (Giro de cheque en descubierto)

La posible infracción que hubiera podido cometerse con el hecho investigado en este proceso se cometió en jurisdicción del municipio donde el cheque fue rechazado por la entidad bancaria que debía pagarlo, y consecuentemente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, el conocimiento de este negocio corresponde al Juez Municipal de ese lugar, por ser el Juez del territorio “en que se cometió la infracción”. (Casación Penal. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. N° 2112)

567, 2ª

- 57 -

COLISION DE COMPETENCIAS

De conformidad con el numeral 4º del art. 42 del C. de P. P., corresponde a la Corte dirimir las colisiones de competencias que se susciten entre dos Juzgados Municipales pertenecientes a distintos Distritos. (Casación Penal. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 567, 1ª

- 58 -

COMPRADOR (Cuándo puede considerarse en mora de pagar el precio)

Si el vendedor no ha satisfecho las obligaciones que como a tal le corresponden, y entre las que ciertamente se hallan las fundamentales de entregar la cosa vendida y sanear la venta, el comprador no está en mora de cumplir con las suyas —entre ellas, la primordial de pagar el precio— ni puede, por

consiguiente, demandársele válidamente su ejecución. (Casación Civil. Febrero 25 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)127, 1ª

- 59 -

COMPRAVENTA (Naturaleza de la facultad reconocida al comprador por el art. 1929 del C. C.).

La facultad de que trata el inciso 2º del artículo 1929 del C. C. constituye apenas un medio de excepción, a virtud del cual el comprador que no ha pagado el precio puede —en caso de perturbación o amenaza de evicción— reemplazar dicho pago con un depósito judicial que le garantice contra los perjuicios que puedan sobrevenirle en razón de tales situaciones; sin que el sentido en que se ejerza dicha facultad tenga por qué modificar la naturaleza de las obligaciones que por el contrato contrajo el vendedor. (Casación Civil. Febrero 25 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)128, 1ª

- 60 -

COMPRAVENTA

Se halla establecido en el expediente que los demandados formularon a los demandantes unos pedidos de mercancías, y aquéllos aceptan que recibieron parte de éstas. El contrato de compraventa quedó perfeccionado, aunque no todo lo pedido hubiera sido recibido, porque una cosa es la ejecución o consumación del contrato, y otra cosa muy distinta es la celebración del mismo: el contrato entre el actor y el opositor quedó aquí celebrado, aunque pudo no quedar ejecutado en parte. (Casación Civil. Marzo 10 de 1952. T. LXXI. N° 2112)378, 2ª

- 61 -

COMUNIDAD

Es algo elemental que si la compra en común no se realiza por iguales partes, la persona a quien debe corresponderle el mayor derecho es la interesada en que así conste expresamente en el título. El silencio que guarde a este respecto viene a constituir culpa suya, y los terceros interesados en realizar cualquier operación sobre dicho bien, están en lo cierto al estimar que la comunidad existe en igualdad de condiciones. Es decir, tal igualdad es una manifestación no por tácita menos clara, contenida en la escritura pública de compraventa. (Casación Civil. Marzo 25 de 1952. T. LXXI. N° 2112)

472, 1ª

- 62 -

CONCURSO DE DELITOS

El concurso de delitos, como lo anota Impallomeni, no es una causa de disminución de la pena que corresponde a cada hecho delictivo, "sino que es causa de la unificación de los distintos delitos en una responsabilidad única y progresiva, como lo es el daño social que se deriva de las varias infracciones, según el número y la gravedad de ellas, sin que la pena resultante pueda llegar, en ningún caso a ser igual a la suma de las penas establecidas por la ley para cada ilícito". (Casación Penal. Abril 25 de 1952. T. LXXI. Número 2113)823, 1ª

- 63 -

CONCURSO FORMAL DE DELITOS

Al referirse el artículo 31 del Código Penal a la violación de varias disposiciones de la ley penal con un solo hecho, está hablando

de aquellas infracciones que no es posible separar, porque, aún siendo varias, su pluralidad es simplemente ideal, o más acertadamente, ficticia. En estos eventos, uno solo es el hecho y dos o más las disposiciones violadas, mas no por ello puede afirmarse jurídicamente que existan dos infracciones separadamente. De tal suerte que el concurso ideal o formal sucede cuando un solo hecho produce pluralidad de resultados; es decir, cuando hay unidad de hecho o de acción delictuosa, pero con pluralidad de derechos violados. (Casación Penal. Marzo 7 de 1952. T. LXXI. N° 2112)530, 2ª

- 64 -

CONCUSION

La concusión consiste en la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público. Esa figura radica en un abuso de autoridad, mediante el cual se suscita en la víctima un temor, o también un error, encaminado a que dé o prometa algo que no debe. Por lo tanto, son elementos esenciales del delito, los siguientes: el abuso de poder (que es el medio); y la entrega o simple promesa de dineros o de cualquier otra utilidad (que es el fin). En la concusión, el sujeto pasivo del ilícito entrega o promete la cosa, para librarse del perjuicio que le amenaza, proveniente del funcionario o empleado público; obra determinado por un temor o una contricción psíquica que le vicia el consentimiento. (Casación Penal. Febrero 1º de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ... 195, 2ª

- 65 -

CONDICION (Cuándo la que se relaciona con inmuebles produce efectos respecto de terceros)

El artículo 1548 dice que "conste" la con-

dición, es decir, que no esté oculta, de manera que para quien lea la escritura no le quede duda de que allí hay una condición, porque se estipuló un plazo para el pago de parte o del todo del precio; que se vea a simple lectura que allí hay un evento manifiesto, de percepción inmediata. (Casación Civil. Enero 19 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)28, 2ª

- 66 -

CONFESION (Alcance de la de un gerente o administrador de una sociedad)

El gerente o administrador de una compañía que reconoce, en los términos de la ley, hechos que la afectan u obligaciones que a ella se atribuyen, confiesa. Y esta confesión probará plenamente CONTRA LA SOCIEDAD, si es judicial, y también si, siendo extrajudicial, no queda duda alguna, a juicio del juez, acerca de la confesión misma. Pero ésta no prueba contra terceros, a quienes aquél no representa, y terceros son los socios o accionistas, personas distintas de la jurídica (artículos 604, 606, 608 y 607 del C. J. y 1769 y 2079 del C. C.).

Y si el administrador de la sociedad es a un mismo tiempo socio de ella, que como tal intervino en su constitución y en su liquidación, sus declaraciones, en cuanto afecten a sus consocios, ni tienen valor de confesión contra ellos, ni pueden considerarse como contraescrituras, las cuales han de emanar de todos los contratantes (artículo 1766 C. C.). (Casación Civil, Marzo 7 de 1952. T. LXXI. N° 2112)366, 2ª

- 67 -

CONFESION

Como lo ha dicho la Corte en sentencia de casación de 10 de junio de 1948 (G. J., Tomo LXIV): "Si el deponente al absolver el

interrogatorio del caso mezcla la relación de sus percepciones con las de sus nociones, la tarea del Juez radica precisamente en separar el material que, de acuerdo con la ley, es aprovechable desde el punto de vista probatorio, para rechazar el que no lo sea, por carecer de toda entidad jurídica en nuestro sistema legal. (Casación Civil. Marzo 7 de 1952 .T. LXXI. N° 2112)375, 1ª

- 68 -

CONFESION (Cuándo es indivisible)

En las respuestas aparece la confesión, con la adición de haberse cancelado el precio de esas operaciones, sin detallar la forma de su pago, lo que a "prima facie" implica una excepción y su posible separación del hecho principal confesado, para los efectos de la carga de la prueba. Pero, como en el proceso no hay comprobación distinta de la existencia de las negociaciones que la confesión del comprador, no se puede calificar ésta como divisible, porque el principio de la indivisibilidad impera precisamente en estas situaciones en que la parte contraria, no pudiendo alegar otra prueba que la confesión, se halla obligada a aceptar o desechar por completo la declaración en que se funda. (Casación Civil. Abril 30 de 1952. T. LXXI. Número 2113)779, 2ª

- 69 -

CONFISCACION

El artículo 25 de la ley 58 de 1931 no establece la pena de confiscación que prohíbe el artículo 34 de la Constitución, cuando dispone en su inciso 3º que perderá todas sus acciones en favor de la sociedad el que infringiere la prohibición consagrada en los dos incisos anteriores, porque como lo anota el tratadista José María Samper "LA CONFISCACION es el absoluto despojo, sin com-

pensación alguna, que dá por resultado la PERDIDA total de los valores confiscados sin resarcimiento alguno; y ésto a beneficio del FISCO, según lo expresa el vocablo. No así el RESARCIMIENTO de perjuicios, quien quiera que sea el resarcido. En este caso, por el hecho de haber incurrido en responsabilidad civil, el que ha de resarcir ha dispuesto implícitamente de sus bienes en favor del perjudicado; le debe una justa compensación, y si el resarcimiento absorbe todos los bienes, es porque un VALOR IGUAL fué destruido por el que dá la indemnización. Lejos, pues, de haber confiscación de unos bienes, lo que hay es tributo rendido al derecho de propiedad, vinculado a otros bienes que habían sido perjudicados". (Derecho Público Interno de Colombia, Tomo II, págs. 65 y 66). (Sala Plena. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ...314, 2ª y 315, 1ª

- 70 -

CONTRATOS (Acciones en caso de incumplimiento por uno de los contratantes)

El artículo 1546 del Código Civil confiere al contratante que ha cumplido sus obligaciones frente al otro que no ha cumplido las suyas el derecho alternativo de pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios; pero no ambas cosas a la vez. Esas son dos acciones principales jurídicamente inconciliables: el cumplimiento de un contrato se opone y es contrario a la destrucción del mismo. (Casación Civil. Marzo 14 de 1952. T. LXXI. N° 2112)410, 1ª y 2ª

- 71 -

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Cuáles de los que celebra la Administración tienen este carácter)

En sentir de la Corte, siguiendo la doctri-

na del expositor Gastón Jeze (Principios Generales de Derecho Administrativo, Tomo IV, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950 págs. 191 y ss.), la Administración Pública puede celebrar contratos de derecho privado y contratos administrativos propiamente dichos. En los primeros, la ejecución de las respectivas obligaciones de las partes contratantes, se regula pura y simplemente por las reglas del derecho privado, contenidas en los códigos civil y de comercio; en los segundos, o sea, en los contratos administrativos, por el hecho de que el contratante se convierte, en mayor o menor medida, en un verdadero colaborador de la Administración para el funcionamiento de un servicio público, o de la explotación de bienes fiscales, las obligaciones quedan sometidas a un régimen más estricto o más riguroso que se regula directamente por las normas del derecho público, contenidas en la Constitución, en el código fiscal, etc. A este respecto dice el expositor citado: "Se trata, pues, de un error grosero, que un jurisconsulto no debe cometer, querer aplicar, en razón de la aparente analogía, las reglas del derecho privado establecidas para el contrato de compraventa, al contrato administrativo de suministros, o las reglas del derecho privado dictadas para el contrato de locación de obras, al contrato administrativo de obras públicas".

Esto no implica, como es claro, que la Corte modifique o rectifique su jurisprudencia, sentada en repetidos fallos, de que, cuando faltan disposiciones especiales, se apliquen a los contratos administrativos las normas de la legislación común sin desconocer las diferencias entre aquellos contratos y los contratos civiles. (Casación Civil. Abril 24 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 753, 1ª y 2ª

- 72 -

CONTRATO ADMINISTRATIVO (Su violación no dá lugar a casación)

Un contrato administrativo propiamente

dicho, aunque acto del poder público, no es, ni podría ser, como tampoco el Decreto o la Ley que lo aprobara, ley sustantiva, cuya violación, caso de haberse demostrado, le abra la puerta al recurso extraordinario de casación. (Casación Civil. Abril 24 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 755, 1ª

- 73 -

CORTE (Competencia para conocer de inexecutableidad de leyes por vicios de forma)

La Corte abandona el criterio diferencial hasta ahora defendido de que se distinguen en la Constitución preceptos sustantivos y preceptos adjetivos; normas principales y normas accesorias; reglas de forma y reglas de fondo. A todas las tiene la Corte como del mismo valor y de la misma categoría; superiores por todos conceptos a las disposiciones de las leyes comunes.

Una violación cualquiera de cualquiera artículo de la Constitución queda bajo la jurisdicción de la Corte, siempre que su conocimiento pueda someterse ya sea por el Presidente de la República, en el caso de objeciones previstas por el art. 90 de la Constitución, bien sea a través de las acusaciones de los ciudadanos, de acuerdo con el art. 214 de la misma. (Sala Plena. Julio 28 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 683, 2ª

- 74 -

CORTE (Controversias de que conoce en única instancia)

De acuerdo con el artículo 40 del Código Judicial la Corte tiene competencia privativa sólo para conocer "de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona". En este caso apenas si puede decirse que existe cierta relación entre el contrato con el señor Britton y las

actuaciones cuyas denunciadas criminalmente; pero no que los perjuicios de que ahora se trata PROVENGAN o se deriven de dicho contrato.

En estas condiciones, no puede entrar la Corte a resolver la cuestión de perjuicios, pues no siendo el asunto de su privativa competencia, correspóndele conocer de él en primera instancia al respectivo Tribunal Superior, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 76, ordinal 1º, del C. J. (Negocios Generales. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)287, 1ª

- 75 -

COSA JUZGADA (En asuntos de inexecutable de leyes y de proyectos de ley)

Armonizando el artículo 90 de la Constitución (que señala el término perentorio de 6 días para despachar el fallo), con el contenido de la Ley 96 de 1936, es decir, que esta ley no se aplica de ninguna manera en caso de objeciones del Presidente, la cosa juzgada es completamente igual en los fallos de inexecutable y en los fallos de asuntos comunes regidos por el art. 474 del Código de Procedimiento Civil y disposiciones concordantes. O sea, que tiene efectos relativos a la materia que fué propia del fallo. Si un ciudadano acusa por motivos de inexecutable fundados en normas de aplicación previa a la sanción de las leyes, y lo que aquél le somete a la Corte ya fué materia de objeciones presidenciales despachadas por ésta, la cosa juzgada sería innegable. Pero si el ciudadano acusa cuando el Presidente no objetó, u objetó por razones distintas, la Corte debe decidir sobre el fondo del problema: bien sea porque, tratándose de cuestiones de fondo, difieran los repáros del Presidente de los cargos del ciudadano, bien sea porque tratándose de cuestiones de forma o vicios en la expedición de la ley, ocurra otro tanto.

(Sala Plena. Julio 28 de 1952. T. LXXI. Número 2113)672, 2ª

- 76 -

CUADERNOS (Cuáles deben formarse en juicio ordinario)

No hay necesidad de formar cuaderno separado para cada prueba, pues lo que la ley establece es que "para las pruebas de cada parte, solicitadas durante los términos probatorios se forma cuaderno separado" (art. 602 del C. J.).

Los incidentes sí deben ir en cuaderno separado, por ordenarlo el artículo 392 del Código Judicial.

De esta suerte, en un juicio ordinario no deben formarse más cuadernos que el de la tramitación general, el de las pruebas de la parte demandante, el de las pruebas de la parte demandada y el de cada incidente, según los preceptos citados. (Negocios Generales. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 629, 2ª y 630, 1ª

- 77 -

CUANTIA DEL JUICIO (Su determinación)

La cuantía del juicio, como todos los hechos que en general sirven de base a la legitimación en causa, se determinan por las probanzas aducidas al informativo; entre ellas, la de regulación efectuada en la demanda con la aceptación expresa o tácita de aquel contra quien se dirige, los avalúos periciales que con los requisitos prevenidos por la ley se hayan verificado en el curso de la controversia, etc. En consecuencia, al establecer el art. 524 del C. J. que "cuando sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda y haya verdadero motivo de duda acerca de este punto, el Tribunal, antes de conceder el recurso, dispone se estime aquélla por peritos designados por el

mismo", aquel concepto de certidumbre o de duda ha de estar subordinado a la resultante de dichas pruebas, según sea la conformidad o desacuerdo que ellas ofrezcan. (Casación Civil. Febrero 4 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)69, 2ª

- 78 -

CULPA (Cuándo puede considerarse que es de una persona moral)

Culpa, en sentido lato, es la conducta contraria a la que debiera haberse observado, conducta desviada bien por torpeza, por ignorancia, por imprevisión o por otro motivo semejante. Lo que nuestro C. Civil define sobre culpa cabe dentro de aquel concepto, pues la hay: cuando no se manejan los negocios ajenos con el cuidado que aún personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; cuando falta la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; cuando falta la diligencia esmerada que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes (art. 63 C. C.).

Son sujetos de culpa tanto las personas naturales como las jurídicas. Si no fuera así, habría que admitir que las personas jurídicas no son civilmente responsables, lo que resulta absurdo: habría que admitir que una persona natural, individualmente considerada, podría ser responsable, pero ya varias personas naturales, unidas en asociación, no serían responsables, lo cual peca contra la lógica y la justicia.

Se incurre en culpa cuando se causa un perjuicio, concientemente, o por imprudencia, o negligencia o ignorancia, lo que quiere decir que hay culpa por comisión o por omisión.

Cuando se trata de culpa del gerente de una compañía por acto realizado al obrar en esa condición, como éste representa a la

compañía, la culpa es de la institución y no del representante, porque de lo contrario se podría llegar a la total irresponsabilidad de la persona jurídica en todos los campos. (Casación Civil. Marzo 11 de 1952. T. LXXI. Número 2112)390, 1ª

- 79 -

CULPA (Prueba de la ausencia de culpa)

La Corte ha dicho: "Cuando se trata de la ausencia de culpa, es necesario no olvidar que la causa del hecho perjudicial permanece desconocida, porque, cuando es conocida, no se prueba la ausencia de culpa, se prueba el hecho preciso, generador del daño, que excluye la culpa. Si la causa es imposible de descubrir, todo lo que se puede hacer es mostrar que, cualquiera que sea la causa, no podría consistir ella en una culpa del individuo cuya responsabilidad está en juego. Por lo cual él demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de constumbre, son cometidas en semejante ocasión; o más bien indicará las precauciones que ha tomado, lo que dará a la prueba su aspecto positivo".

"Lo que hay de cierto es que sobre el terreno de la técnica y de la terminología jurídica, la AUSENCIA DE CULPA ha adquirido un sentido preciso, por oposición al CASO FORTUITO y a la FUERZA MAYOR. Cuando el legislador concede a la ausencia de culpa efecto liberatorio, se contenta con exigir de parte del deudor una conducta normal frente a las circunstancias; cuando, al contrario, exige el caso fortuito o la fuerza mayor, requiere la prueba de un suceso preciso y determinado independiente de toda culpa del deudor y que ha provocado la imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación".

La prueba de la ausencia de culpa consiste en eliminar, sucesiva y completamente, de la conducta de un individuo, si no todas las culpas humanamente posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas

que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido, por su naturaleza, determinantes del hecho perjudicial determinado, y entre esos hechos o circunstancias que el deudor debe destruir para acreditar su inculabilidad, estarán aquellos que en la demanda se le imputen como descuidos o negligencias suyos o de las personas por quienes responde. (Casación Civil. Abril 4 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 720, 1ª y 2ª y 721, 1ª

— D —

- 80 -

DELITO (Origen político de un)

La simple filiación contraria de los protagonistas de un delito no establece el origen político de éste. (Casación Penal. Enero 30 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ... 192, 2ª

- 81 -

DEMANDA (Su desestimación)

Si el objeto del juicio no es la existencia o nulidad del matrimonio, acerca de la cual no existe controversia entre las partes, sino la validez o nulidad del contrato por el cual se llevó a cabo la liquidación provisional de la sociedad conyugal, o la lesión enorme que tal contrato implica, la falta de prueba legal del matrimonio, no debe conllevar la desestimación de la demanda por ausencia de uno de sus presupuestos fundamentales.

En efecto, el artículo 472 del C. J. ordena a los jueces tener en cuenta "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva", y que por consiguiente "con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho". Significa ésto que

no se debe sacrificar el derecho reconocido por la ley sustantiva a formalidades que la ley procesal no ha considerado como esenciales, y también que el ejercicio de la acción no debe desestimarse por falta de pruebas de hechos que no van a ser objeto del pronunciamiento ni lo han sido de controversia entre las partes. (Casación Civil. Marzo 18 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 435, 2ª y 436, 1ª

- 82' -

DEMANDA (Su influencia sobre la determinación del objeto del juicio)

Con la alusión que en el libelo se hizo a las pruebas del juicio, no podía pretenderse que en el curso de éste pudiera variarse sustancialmente la determinación del terreno dada en la demanda, desde luego que es en ella donde debe expresarse con precisión lo que se pide, y que, si se trata de un bien raíz, deben especificarse los linderos y demás circunstancias que lo den a conocer y lo distingán de otros (artículos 205 y 222 del C. J.).

De suerte que habiéndose constituido la relación procesal sobre la base de los linderos que aparecen en el libelo, es al terreno así determinado al que habrá de referirse la Corte para desatar el presente litigio, ya que la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones de la demanda (artículo 471 del C. J.). (Negocios Generales. Abril 30 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 845, 1ª

- 83 -

DEMANDA (Su interpretación)

La demanda debe interpretarse en forma científica, buscando el claro sentido de las peticiones y sin detenerse en el simple significado literal de las palabras utilizadas por el demandante. La Corte en muchas ocasiones ha dicho que debe primar sobre el alcance li-

teral el sentido claro y preciso que se deduzca del libelo, y así ha admitido que se trata de simulación la ejercitada en demandas en las cuales se hablaba de nulidad, pero de cuyo contenido aparecía sin duda alguna que se estaba sosteniendo la existencia de un contrato aparente o simulado. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 144, 2ª y 145, 1ª

- 84 -

DEMANDADO (Prueba de su personería)

Puede darse curso a la demanda auncuando el demandante no presente con su libelo la prueba de la personería del demandado. Es decir, puede darse curso a ella sin ese requisito. Pero, como es natural siendo la prueba de la personería un hecho que es menester acreditar, debe serlo dentro de los términos que la ley concede a las partes para que prueben los hechos que interesan a la demostración de sus derechos. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) .. 177, 1ª y 2ª

- 85 -

DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO (En qué consiste)

El principio de que los ciudadanos deben ser juzgados ante tribunal competente y observando las formas propias de cada juicio, puede ser aplicado en sentido lato a cualesquiera decisiones de la autoridad. Es decir, que han de adoptarse las formas determinadas en la respectiva disposición represiva, por la autoridad correspondiente, dejando a salvo la defensa de los acusados; pero no puede significar que de toda infracción deba conocer la justicia ordinaria y mediante un juicio seguido por los trámites de los códigos de enjuiciamiento civil y penal. La eficacia de la acción estatal requiere que haya procedimientos breves y sumarios para san-

cionar hechos que, si no son considerados por la ley como delitos, sí pueden causar perjuicios de consideración, no por sí solos o aisladamente, sino por su frecuencia, máxime si se tiene en cuenta que el progreso que vive el mundo requiere la oportunidad y rapidez de la actividad del gobierno, que sería inútil con aquellos trámites dilatados de los juicios comunes.

De todos modos, los hechos que se sancionan en el precepto que se acusa, no son delitos y, por tanto, sobre ellos no recae la acción de los jueces ni es necesario emplear trámites dispendiosos, lo cual significa que no es inconstitucional por el aspecto de la competencia ni del procedimiento. (Sala Plena. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ... 314, 1ª y 2ª

- 86 -

DERECHOS HEREDITARIOS (Compra de)

Es doctrina de la Corte la de que la compra de derechos en una sucesión, aunque se vinculen a determinados bienes, no dá al comprador sino "la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo y pedir que le se reconozca su derecho según los términos del contrato, pero no le dan, ni pueden darle, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes, la concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición". (G. J. número 1905, página 189). (Negocios Generales. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 626, 1ª

- 87 -

DERECHO PENAL DISCIPLINARIO (Cuál es su objeto)

La transgresión contemplada en el inciso 3º del artículo 25 de la Ley 58 de 1931, no per-

tenece en rigor de verdad al derecho penal disciplinario, pues éste sólo regula el normal funcionamiento o DISCIPLINA INTERNA de las entidades de derecho público y su fin es corregir a los funcionarios cuando infringen los deberes de sus cargos. (Sala Plena. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. N° 2112) .. 314, 2ª

- 88 -

DESEMBARGO (El de los bienes del procesado puede decretarse dentro del recurso de casación)

Los artículos 130 y 703 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 283 del Judicial, le dan plena competencia a la Corte para desatar el incidente sobre desembargo de bienes, dentro del recurso extraordinario de casación. Porque si se puede decretar el desembargo de lo excedente, o de las cosas que no interesan al proceso "en cualquier estado" de éste, A FORTIORI debe levantarse el embargo de todos los bienes cuando éstos fueron indebidamente puestos fuera del comercio por un auto que es contrario a la ley. (Casación Penal. Abril 18 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 797, 2ª

- 89 -

DETENCION ARBITRARIA

Es cierto que las solicitudes de excarcelación deben tramitarse y resolverse dentro de los perentorios términos de que trata el artículo 396 del Código Procesal Penal, y que el fallo sólo puede aplazarse hasta por cinco días, cuando hubiere necesidad de allegar pruebas para saber si la infracción está comprendida entre las que admiten excarcelación.

En el caso a estudio, el Juez acusado se abstuvo de tramitar las solicitudes de libertad presentadas por los procesados, no por mero capricho o arbitrariedad, sino porque

un factor extraño y de fuerza mayor, como lo fué la pérdida imprevista del expediente, lo obligó a suspender el diligenciamiento del incidente, basándose en lo dispuesto por el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal.

Esto destruye el dolo y cualquier otra responsabilidad penal derivada de la culpa. (Casación Penal. Marzo 4 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 525, 1ª y 2ª

- 90 -

DEUDOR (Pérdida del cuerpo cierto)

Cuando el cuerpo cierto perece por culpa del deudor, la obligación de éste subsiste, pero varía de objeto: el deudor es obligado entonces al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor (artículo 1731 C. C.). (Casación Civil. Abril 4 de 1952. T. LXXI. N° 2113) .. 722, 2ª

- 91 -

DOCUMENTOS PUBLICOS (Cómo deben llevarse al juicio)

Es cuestión resuelta por la Corte en varios fallos, que el art. 636 del C. J. contiene un principio general o regla que se aplica a todos los documentos que legalmente tienen la calidad de públicos, con excepción de las escrituras, que pueden ser presentadas en juicio por las partes en copia autorizada por el Notario y debidamente registrada, según los términos del artículo 630 ibidem, que constituye una regla exceptiva a la consagrada en la primera de las disposiciones citadas. (Casación Civil. Abril 18 de 1952. T. LXXI. Número 2113) 731, 2ª

- 92 -

DONACION (Presunción de)

El artículo 34 de la Ley 63 de 1936 reputa

donaciones las operaciones entre parientes dentro de cierto grado, para los efectos allí señalados, lo cual no tiene alcance distinto de la defensa del impuesto. (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. N° 2112) . . 348, 2°

- 92 bis -

DONACIONES

La identidad en el sentido gramatical de las palabras DONAR y REGALAR, no tiene modificación alguna en el campo de la ley, que no solamente refiere la donación —aún hecha con causa onerosa—, al concepto de enajenación gratuita o puramente benévola, como lo hace el artículo 1462 del C. C., al establecer que “Las donaciones en que se impone al donatario un gravamen pecuniario, o que puede apreciarse en una suma determinada de dinero, no están sujetas a insinuación sino con descuento del gravamen”, sino que reconoce expresamente esa identidad de significación de los vocablos, cuando al fijar determinados principios sobre la donación, establece en el artículo 1443 del mismo Código, que “Ni se tomarán en cuenta los REGALOS moderados, autorizados por la costumbre, en ciertos días y casos, ni los DONES manuales de poco valor”; lo que en otras palabras significa que sí deben tomarse en cuenta y están por consiguiente sometidos a la regulación legal, los regalos o dones no moderados o de importante valor, siquiera sea con ocasión de circunstancias en que la costumbre suele justificarlos.

Análogo criterio sirve para excluir de la regulación legal de las donaciones a los sum Ministros que por razones de familia se hacen, para atender a necesidades personales de quien las recibe; en ellos el concepto de la gratuidad resulta desplazado por el de la obligación que el alimentante debe en la medida de sus posibilidades económicas y de la posición social del alimentario. (Casación

Civil. Enero 30 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) 60, 1°

— E —

- 93 -

EDUCACION PUBLICA (Quién ejerce la inspección y vigilancia)

La Corte encuentra estrictamente jurídica la afirmación del demandante en el sentido de que cuando el artículo 41 de la Constitución Nacional atribuye al Estado la Inspección y Vigilancia de la educación pública, está contemplando el conjunto de la persona moral en la cual reposa la soberanía. De tal suerte que el Estado, por medio de la actividad del respectivo órgano, el legislador, ha de establecer la norma objetiva que desarrolle el poder de inspección en el campo de la enseñanza, y la Administración, encabezada por el Presidente de la República, ejecuta esa misma norma mediante las disposiciones reglamentarias a que haya lugar.

Fijado así el alcance del precitado artículo 41 de la Constitución Nacional, es fácil advertir la pugna que existe entre este ordenamiento y los artículos 1° y 6° de la Ley 87 de 1946, en virtud de los cuales se le confiere a la Universidad Nacional la potestad de intervención sobre las Escuelas de Enfermería y de Servicio Social, en forma tal que aquella Entidad está autorizada para aprobar el plan de estudios de cada instituto, disfrutando, además, del derecho de inspección y vigilancia inmediata de esas mismas Escuelas.

Queda entonces configurada una potestad excesiva de intervención, consistente en destacar la facultad de desarrollar y ejecutar los ordenamientos generales que el legislador estimó necesarios en orden a ejercer la suprema inspección y vigilancia de los ins-

titutos docentes a que la ley acusada se refiere.

El legislador de 1946, al expedir la Ley 87, partió de una base errada, cual es la de suponer que la Universidad Nacional es una entidad jurídica distinta del Gobierno Nacional, con derechos y prerrogativas iguales a las de éste, ya que a aquella primera Entidad se le autoriza para compartir con el Gobierno la atribución constitucional de supervigilancia e inspección inmediata de todas las Escuelas de Enfermeras que funcionan en la República. Y es equivocada dicha base, puesto que la Universidad Nacional, a pesar de la autonomía legal de que disfruta, es una entidad que hace parte del engranaje gubernamental, sobre el cual tiene el órgano ejecutivo la facultad de dirección e inspección, según el mandato del artículo 120, ordinal 13, de la Constitución Nacional. Le asiste, pues, plena razón al demandante, cuando afirma que en semejantes circunstancias no puede la Universidad Nacional convertir su papel pasivo de vigilada, por vigilante, ni menos compartir con el Estado, como si fuera una entidad colocada en plano distinto y al mismo nivel de éste, la función constitucional del artículo 41 de la Carta. (Sala Plena. Abril 15 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 647, 2ª y 648, 1ª y 2ª

- 94 -

EJECUCIONES (Competencia de la justicia del trabajo para conocer de ciertos juicios ejecutivos)

Tratándose en este caso de prestaciones oficiales derivadas de una relación de trabajo, la acción ejecutiva deducida por el demandante, no es ya del conocimiento de la justicia ordinaria, sino de la justicia laboral, como se desprende de los artículos 2º y 100 del Código Procesal del Trabajo. (Negocios Generales. Febrero 26 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 293, 2ª

Gaceta—3

- 95 -

EMBARGO (También las entidades de derecho público deben prestar caución)

El artículo 273 del C. J. no dice que la Nación o cualquiera otra entidad de derecho público, cuando intente un embargo o secuestro debe quedar exenta de la prestación de la caución. Es regla de derecho que cuando la ley no distingue no le es dado al juzgador distinguir. Ha de entenderse, pues, que cuando la ley dice: "El que ha demandado o intente demandar...", debe estar incluida la Nación, pues ella no ha sido excluida. (Negocios Generales. Enero 23 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 241, 2ª

- 96 -

ERROR (Cuándo es procedente la casación por error de hecho o de derecho en la apreciación de indicios)

Cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales, en que su interpretación repugna con la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se deduce rectamente esto, de las normas que modelan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 672 del Código Judicial. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios, sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugna con la manifiesta evidencia de los hechos. (Casación Civil. Enero 19 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) 25, 2ª

- 97 -

ERROR DE HECHO (Cuándo puede considerarse como evidente para la casación)

Como lo dijo la Corte en sentencia de 14 de

febrero de 1919: "Cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho, originada de las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa". (G. J., T. XXVII, pág. 158). (Casación Civil. Abril 24 de 1952. T. LXXI. N° 2113) ..757, 1ª

- 98 -

ESCUELA DE ENFERMERAS

El artículo 1º de la Ley 87 de 1946 prácticamente concede a la Universidad Nacional la prerrogativa de formular el plan de estudios obligatorios, no sólo en las escuelas oficiales de enfermería, sino también en las de carácter privado, ya que a ésto equivale el disponer que dentro del territorio de la República sólo podrán llevar el título de enfermeras y ejercer la profesión como tales, las personas tituladas en escuelas de enfermería cuyo plan de estudios haya sido o sea aprobado por la Universidad Nacional.

En sentir de la Corte, se consagra así el monopolio de la educación profesional en una de sus ramas, pues de la voluntad de la Universidad Nacional, queda dependiendo la vida de las escuelas de enfermería y servicio social, como quiera que es suficiente que aquella entidad imponga una reglamentación exagerada, para que se haga imposible el funcionamiento de esas instituciones. (Sala Plena. Abril 15 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 649, 2ª

- 99 -

ESTADO CIVIL

Conforme al artículo 20 de la Ley 153 de 1887, el estado civil adquirido dentro de una legislación, no puede variarse aunque la ley

que lo constituyó sea abolida. De esta suerte, el simple estado civil de los hijos de Pascuala Calderón, adquirido dentro de una legislación anterior a 1890, no se puede variar; pero una nueva ley sí puede variar o suprimir las condiciones adherentes a ese estado civil, que fué lo que hizo la Ley 95 de 1890, la cual suprimió la condición de reconocimiento expreso, nueva modalidad jurídica que vino a favorecer a los hijos de Pascuala Calderón. Esa obligación de reconocimiento es un anexo al estado civil, que de acuerdo con el mismo artículo 20, se rige por la ley nueva.

El artículo 20 comentado tiene dos principios: uno, subsistencia del estado civil adquirido de acuerdo con la ley vigente al momento del nacimiento, aunque ella sea abolida; y el otro: reserva en el sentido de que por ley nueva sí se pueden alterar las obligaciones anexas al estado civil, las cuales se regirán por la ley nueva. (Casación Civil. Abril 3 de 1952. T. LXXI. No. 2113) ..710, 2ª y 711, 1ª

- 100 -

ESTIPULACION PARA OTRO

La estipulación para otro, a que alude el artículo 1506 del C. C., excluye por esencia toda idea de representación. Conforme a ese artículo, hay estipulación para otro cuando en un contrato una parte promete a la otra dar o hacer cualquier cosa a favor de un tercero extraño a la convención. (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ..348, 2ª

- 101 -

EXCEPCION PERENTORIA

Según jurisprudencia constante de la Corte, reconocida una excepción perentoria, es improcedente el estudio a fondo del negocio

respectivo. (Casación Civil. Abril 28 de 1952. T. LXXI. N° 2113)771, 2ª

- 102 -

EXPROPIACIONES DE HECHO (Por causa de trabajos públicos)

Cuando la acción de pago o indemnizatoria por actos de ocupación de inmuebles ejecutados por la Administración para la ejecución de trabajos de utilidad común, se resuelve definitivamente en una enajenación de la propiedad privada a favor de la misma Administración, corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento de la controversia, de acuerdo con claras normas constitucionales. No importa que la acción haya sido propuesta como consecuencia de la declarativa de dominio o de la reivindicatoria, o independientemente de éstas; en caso contrario, esto es, cuando sólo se busca una reparación de los daños causados por tal ocupación, sin traslado de la propiedad, es la jurisdicción de lo Contencioso administrativo la competente para conocer del negocio. La diferencia entre las dos situaciones es sustancial, como que en la primera va implícita una cuestión de dominio, extraña cuando sólo se demandan perjuicios, y que es del resorte exclusivo del órgano judicial. (Negocios Generales. Enero 16 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)229, 1ª

- 103 -

EXTRADICION

El hecho de que el extraditando no se encuentre en Colombia no impide que la Corte emita concepto favorable a la solicitud de extradición, porque no es a esta entidad, sino al Gobierno al que compete la función de entregar al sujeto cuya extradición se solici-

ta. (Casación Penal. Marzo 14 de 1952. T. LXXI. N° 2112)534, 2ª y 535, 1ª

(— F —

- 104 -

FILIACION NATURAL (Alcance de la sentencia proferida en juicio contra los herederos)

Cuando la acción de investigación de la paternidad natural se inicia contra los herederos del presunto padre, después de fallecido éste, por ausencia del legítimo contradictor, la sentencia tiene alcances relativos, en forma que las restituciones patrimoniales consecuentes del reconocimiento de hijo natural, obligan exclusivamente a los herederos demandados. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 104, 1ª

0

- 105 -

FILIACION NATURAL (Contra cuáles personas puede ejercerse la acción)

Legalmente procede el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural que consagra la Ley 45 de 1936, contra el presunto padre, mientras viva, y después de su muerte, contra sus herederos, como los continuadores de su personalidad jurídica, en representación del sujeto pasivo de esa acción. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)104, 1ª

— H —

- 106 -

HEREDERO

(Puede ejercer las acciones que tiene la herencia contra terceros)

Cualquier heredero puede pedir para la su-

cesión en que tiene interés. Pero unos herederos no pueden ejercer en su propio provecho, dejando por fuera a otros herederos, la acción resolutoria de un contrato de compraventa que celebró el causante, porque la acción es indivisible. (Casación Civil. Enero 19 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ..27, 1ª

- 107 -

HEREDEROS (Prueba de la calidad de)

Considera la Sala que la declaratoria de heredero traída al juicio y donde consta que los demandados fueron declarados como tales en la causa mortuoria de su hermano, es prueba suficiente, no sólo porque tal declaratoria se hizo con apoyo en las actas del estado civil, sino porque la declaratoria sumaria de herederos hay que respetarla mientras no se pruebe lo contrario. (G. J. Tomo 59, página 138). (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ...104, 1ª

- 108 -

HEREDERO (Esta calidad puede probarse en juicio también con la copia del reconocimiento hecho en el de sucesión)

El juicio mortuario reposa sobre el reconocimiento de herederos de quienes invocan esta calidad.

Tal reconocimiento señala al heredero y declara en él el ingreso de una universalidad jurídica. Es el puente formal, patrimonial, entre el DE CUJUS y el sucesor. Es el reconocimiento, en una palabra, del derecho de herencia. Después puede venir la posesión efectiva de la misma, que implica cancelación de los registros del difunto y apertura de los nuevos del heredero, todo sobre la base de la declaratoria o reconocimiento de tal carácter, y vendrá después la

adjudicación con todos sus efectos, también, desde luego, sobre esa base.

Para el reconocimiento de heredero, hay que probar legalmente la calidad. Esta es la base esencial, única. Al Juez de la causa mortuoria corresponde apreciar esa prueba, y estimada bastante y proferido el reconocimiento sobre ella, tal calidad existe mientras no sea desvirtuada.

Se comprende que ella reposa sobre el parentesco, si la vocación hereditaria es legal y que aquél exija para ser aceptado en juicio, las respectivas actas del estado civil, motivo por el cual el juzgador no hará el reconocimiento sin estas actas, o sin la demostración supletoria del estado civil, en defecto de aquéllas. Hecho el reconocimiento en el juicio mortuario, no puede ponerse en duda de que se basa en los documentos que la ley exige para ello.

Por eso, el carácter de herederos puede probarse en juicio también con la copia del proveído de reconocimiento pronunciado en la causa mortuoria. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)

102, 1ª y 2ª

- 109 -

HEREDERO (Prueba de la calidad de tal en acciones contra persona obligada en cuanto tal)

La calidad o no de heredero, cuando se ejercita una acción contra quien como tal está obligado, no es cuestión de mera representación procesal, sino cosa que afecta más profundamente la personería, como elemento constitutivo que es de una situación legal o investidura jurídica esencial para la procedencia de la acción. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)

176, 2ª

— I —

- 110 -

IGUALDAD ANTE LA LEY (En qué consiste)

Aún reconociendo la Corte la indiscutible conveniencia del precepto que consagra una sanción para quienes, aprovechándose de la situación privilegiada que les otorga un cargo directivo en las compañías, se entregan a la tarea de especular, con menoscabo indebido de los intereses de los otros accionistas que no cuentan con las mismas posibilidades, los términos por medio de los cuales se establece dicha sanción resultan violatorios del principio de la igualdad ante la ley en que se inspira la Constitución Nacional.

Esta igualdad que, como lo expresa Haurion, “no es una igualdad de hecho en las condiciones materiales de la vida, sino que consiste “en dar a cada individuo los mismos medios jurídicos de acción” y en retirar los obstáculos que provienen de los privilegios de clase, tiene varias aplicaciones entre las cuales se destaca, para lo que aquí interesa, la de “igualdad ante los tribunales”. Esto es, que las sanciones resulten determinadas o determinables; que en similitud o en igualdad de circunstancias se apliquen iguales o semejantes sanciones; que al responsable se le reprima en más o en menos, según aparezca demostrado, y que al inocente se le reconozca su inculpabilidad.

Y ella se deduce, en el particular, de que se trata, de varios preceptos de la Carta, tales como el 16, que ordena proteger a “todas las personas residentes en Colombia”; el 20, que establece pareja responsabilidad para todos “por infracción de la Constitución y de las leyes”; el 26, que permite exigir a todos el cumplimiento de “la plenitud de las formas propias de cada juicio”; y el

28, que estatuye que nadie puede ser penado sino porque una ley anterior haya prohibido el hecho y le haya señalado la pena correspondiente.

En el caso que se estudia resulta la sanción inequitativa y aberrante, porque quien falta más gravemente puede no resultar sancionado y quien falta más levemente resulta con sanción mayor. Por ejemplo, si un sujeto tiene cien acciones y vende una ilícitamente, perderá noventa y nueve, mientras que si las vende todas, no perderá ninguna; y al contrario, si teniendo cien acciones compra otras ciento, perderá doscientas; y si no teniendo acciones, compra una, perderá una, mientras que si compra ciento, perderá el total. Y así indefinidamente, hasta donde quepa hacer suposiciones, en todas las cuales se encontrará el mismo elemento de desigualdad y de injusticia. (Sala Plena. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 315, 2ª y 316, 1ª

- 111 -

ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA (Quién puede pedir la declaración de nulidad por tal motivo)

El derecho de pedir la declaración de nulidad del juicio por ilegitimidad de personería o indebida representación, o falta de citación o emplazamiento, corresponde en forma tan exclusiva a la parte en cuyo favor se ha establecido, que no es permitido su ejercicio ni aun a su litis consorte. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 140, 1ª

- 112 -

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA (No es materia de excepción dilatoria)

Si todo el razonamiento del Procurador

Delegado se endereza —según lo entiende la Sala— a demostrar que por tratarse de un acto de administración como lo es el cambio de variación de la línea —que de haber ocurrido debió ser ejecutado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales—, es éste y no la Nación la llamada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda, resulta claro que la excepción propuesta, más que a controvertir la personería adjetiva de quien en el libelo se señala como representante de la Nación demandada, se dirige a desconocer la obligación que se pretende deducir a cargo de ésta, para desplazarla sobre el Consejo, representando en la persona del Administrador General.

En otros términos, el problema así planteado no versa ciertamente sobre cuál es el órgano por cuyo conducto debe en este caso comparecer en juicio la Nación, sino sobre una cuestión de mayor entidad, a saber: contra cuál de los dos —Nación o Consejo administrativo— ha de promoverse la demanda. Y es obvio que ello no podría decidirse mediante los trámites de un simple incidente de excepciones dilatorias, en el que sólo se permite discutir cuestiones relacionadas con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y no aquéllas que se oponen a lo sustancial de la acción. (Negocios Generales. Febrero 25 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 291, 2ª

- 113 -

IMPEDIMENTOS (Por ser el juez pariente del apoderado o defensor)

Para que exista impedimento por ser el Juez o Magistrado pariente del apoderado o defensor de una de las partes, se requiere la contemporaneidad de las funciones de Juez y defensor. No es, por tanto, motivo de impedimento el hecho de que quien está ligado por parentesco con el Juez o Magistrado lo

haya sido con anterioridad dentro del mismo proceso. (Casación Penal. Marzo 11 de 1952. T. LXXI. N° 2112)532, 2ª

- 114 -

INCOMPATIBILIDADES

La incompatibilidad establecida en el artículo 6° del Decreto N° 3485 de 1950, no hace distinciones de ninguna naturaleza. Al expresar que “ninguna persona podrá gestionar en nombre propio o ajeno ante el Ministerio o ante la ENTIDAD OFICIAL o semi-oficial donde haya servido como funcionario o empleado”, dentro del lapso allí mismo señalado, se está refiriendo a los funcionarios de todas las Ramas del Poder Público. (Negocios Generales. Abril 15 de 1952. T. LXXI. Número 2113)838, 1ª

- 115 -

INCONGRUENCIA (Cuándo es causal de casación)

De manera uniforme viene sosteniendo la Corte en su jurisprudencia, que la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado, tan sólo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia (ultra petita); o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio (extra petita); o por no fallarse sobre alguna de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo (minima petita). Únicamente en tales circunstancias, hay verdadera incongruencia entre la parte petitoria de la demanda y la sustantiva de la sentencia.

El hecho de haberse demostrado en el juicio que el actor es dueño de menos de lo pedido, no configura tal causal. (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ... 350, 1ª

- 116 -

INCONGRUENCIA (Como causal de casación)

El segundo de los motivos de casación consagrado en el artículo 520 del Código Judicial, sólo es procedente —como lo ha repetido invariablemente la Corte— cuando el fallo decide sobre puntos ajenos a la controversia o cuando deja de resolver sobre algunos de los que fueron objeto del pleito o ya cuando se condenare en más de lo pedido o se dejare de fallar sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas; pero se ha advertido también constantemente que como la parte resolutive de la sentencia es la que obliga y la que fija las relaciones jurídicas de las partes, es en ella en donde debe buscarse la incongruencia con pretensiones deducidas en oportunidad por los litigantes.

“Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo como es la de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derechos diferentes al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos del artículo 520, que engloba las diversas maneras de violación de ley sustantiva”. (Casación de 30 de julio de 1941. G. J., n. 1. 977, pág. 21). (Casación Civil. Marzo 27 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 494, 1ª y 2ª y 495, 1ª

- 117 -

INCONSTITUCIONALIDAD (Incompetencia de la Corte para conocer de la de actos del Congreso, distintos de las leyes y proyectos de ley)

Cuando dice el art. 214 de la Constitución: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. EN CONSECUENCIA, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente, etc.”, está indicando la manera como debe entenderse el mandato de la guarda constitucional, explicando, como lo hace, cuál sea la manera de proceder la Corte en las acciones de inexecuibilidad. Lo anterior implica que la Corte sólo tiene competencia para conocer, en ejercicio de sus atribuciones propias de la jurisdicción constitucional, de dos clases de actos emanados del Congreso, a saber: 1º—De los proyectos de ley; — 2º de las leyes mismas.

Aquí viene la ocasión para considerar que la función tutelar de la Corte sobre la Constitución, es relativa, y que la órbita en que se ejerce está limitada por razón de la materia y por razón de la calidad con que procede la Corte. En efecto: por razón de la materia, se requiere que la violación se cause mediante una ley en proyecto o mediante una ley perfecta; es decir, actos u omisiones de los poderes públicos que se presenten fuera de aquellas hipótesis, no le dan derecho a la Corte para intervenir. Por ejemplo: previene la Constitución que se elijan magistrados de la Corte y consejeros de Estado cada cinco años y cada cuatro, respectivamente; si al Gobierno no le viene en voluntad pasar las ternas, o al Congreso elegir, se viola la Constitución, pero la Corte nada puede hacer para remediarlo; porque no hay acción pública de los ciudadanos, ni el Congreso puede demandar al Gobierno por el no envío de las

ternas, ni el Gobierno exigirle al Congreso que elija magistrados.

De otra parte, la facultad de la Corte está limitada por su condición de juez. (Sala Plena. Julio 28 de 1952. T. LXXI. N° 2113) ..

667, 1ª y 2ª

- 118 -

INDICIOS (Apreciación de)

La prueba de indicios ha de ser suficiente para producir en el ánimo del juez la plena convicción. Se basa en una operación mental, en un juicio del hombre. En la prueba inicial, el fundamento de la convicción está en el raciocinio.

La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que deben tener los indicios, la confía la ley a la conciencia del juez, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de sana crítica en materia de probanzas. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)107, 1ª

- 119 -

INDICIOS (Cuándo en casación puede variarse su apreciación)

El ataque por apreciación de la prueba indiciaria no puede prosperar sino en cuanto se haya dado por probado un indicio que no lo está, o pasándose por alto uno cuya estimación impondrá conclusiones distintas de las deducidas por el Tribunal sobre el tema respectivo, o que con este resultado, se haya tenido por no probado un indicio a pesar de estarlo, o cuando se ha faltado a la lógica, por no haber entre los indicios, o su conjunto, de un lado, y de otro las deducciones del Tribunal, el vínculo de causalidad que obligadamente ha de atar aquéllos con éstas. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)112, 1ª y 2ª

- 120 -

INDICIOS (Errónea apreciación de)

El artículo 665 del C. J., disposición reguladora del mérito probatorio de los hechos indiciarios, deja al juicio del Juez la ponderación del alcance que en cada caso puedan tener las pruebas incompletas según la certidumbre o duda que dejen en su ánimo; norma que introduce pautas y limitaciones a la persuasión judicial generada en indicios, ya mediante la referencia a la necesaria conexión entre el hecho indicio y el que se investiga, bien al exigir pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre los no necesarios; cuando el Juzgador, lejos de transgredir esos mandamientos, desecha el conjunto indiciario como fundamento de convicción, no los vulnera, porque la operancia afirmativa de esa norma está confiada exclusivamente a su criterio y sólo puede lesionarla cuando incurre en error de hecho evidente, o cuando dando por cierto el indicio necesario, no extrae de él su obligada consecuencia, o cuando teniendo por demostrados los hechos indicativos; por establecida su gravedad, precisión, conexidad e indudable incidencia sobre los hechos controvertidos, se abstiene de otorgarles la relevancia jurídica que el art. 665 del C. J. prevé para ellos.

Así lo dijo también la Corte en sentencia de 10 de junio de 1948, G. J. Tomo LXIV. (Casación Civil. Marzo 7 de 1952. T. LXXI. Número 2112)373, 1ª

- 121 -

INEXEQUIBILIDAD DE LEYES (Facultades de la Corte cuando conoce de demandas de inconstitucionalidad)

La Corte declara que tiene recibido de la Constitución, como natural consecuencia de

los deberes que ésta le impone a título de su guardián, poder bastante y suprallegal para pedir, siempre que lo estime procedente y por motivos razonables, que ella tiene facultad de apreciar soberanamente, cuantos informes, datos, documentos y demás pruebas que estime conveniente, a efecto de pronunciar su decisión con conocimiento de causa, pero con la precisa condición que se hayan alegado motivos razonables y atendibles que expliquen la imposibilidad en que se encontró el demandante para presentar las pruebas. En ésto aplica por analogía el art. 86 de la Ley 167 de 1941, en su parte pertinente. (Sala Plena. Julio 28 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 684, 1ª

- 122 -

INEXEQUIBILIDAD DE LEYES (Requisitos de la demanda cuando se trata de vicios de forma)

Cuando se trate de cuestiones relativas al proceso de la formación de las leyes, o de cumplimiento de ciertos requisitos que la Constitución exige, previos a la sanción ejecutiva, a la misma Corte debe suministrársele, en el acto en que se solicite su conocimiento, no sólo manifestación expresa, clara y categórica de cuáles son las normas violadas y los hechos en que el reparo se funda, sino también la prueba de tales hechos. Si es el Presidente de la República quien solicita el conocimiento de la Corte, debe remitirle con los antecedentes del proyecto objetado, los documentos o elementos que sirvan a la Corte para despachar el negocio. Si es un ciudadano el que acusa, por vicios consistentes en la pretermisión de requisitos previos a la sanción de la ley, (es decir, cuando acusa la ley en estado de proyecto) está no menos obligado que el Presidente de la República a presentarle a la Corte con su escrito de de-

manda las pruebas que acrediten los hechos alegados. (Sala Plena. Julio 28 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 683, 2ª y 684, 1ª

- 123 -

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

La Sala Plena de la Corte, al decidir de la constitucionalidad del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, dijo en sentencia de 6 de diciembre de 1951, publicada en los números 2107 y 2108, Tomo LXX de la GACETA JUDICIAL: "Las dificultades que se suscitan con motivo de la preeminencia de la justicia penal sobre la civil, que nuestro legislador creó en las proposiciones jurídicas que forman los artículos citados (el 28 y el 29 del C. de P. P.), pueden solucionarse metódicamente de acuerdo con estas dos fórmulas; que son paralelas y recíprocamente se limitan: a) Los Jueces penales tienen la función privativa de decidir sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal; si ese hecho le es física y legalmente imputable al sindicado; y en fin, si se produjo con las características exigidas para motivar la aplicación de una determinada norma del código penal. b) En general, los Jueces penales no están llamados a estatuir sobre hechos determinantes de simple responsabilidad civil; excepcionalmente lo están para decidir sobre las consecuencias civiles provenientes del ilícito penal que ellos califican.

"...Desde el ángulo de la exégesis del artículo 28 del C. de Procedimiento Penal, se ve que está fuera de su ámbito de aplicación todo lo que no sea infracción penal, pues sólo comprende la acción civil que se funde en la infracción penal."

"Las diversas hipótesis contempladas por esa norma pueden reducirse, para los efectos que se estudian, a un solo caso: el de no encontrarse probada la infracción imputada

al sindicado. Esto es así, porque cuando establece que la infracción no se ha realizado, queda al mismo tiempo establecido que el sindicado no la ha cometido; y si se establece que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, lo que se establece es algo más que la ausencia de la culpa; la exoneración de la responsabilidad.

“... Así las cosas, precisa ahora establecer si el elemento psicológico determinante de la culpabilidad civil es o no distinto del que configura la infracción penal.

“En tratándose de infracciones intencionales, no puede darse tal identidad, puesto que la culpa excluye, por definición, el acto intencional de hacer daño, que es esencial en la infracción penal intencional. Pero si se trata de una infracción culposa, el elemento psicológico viene a ser el mismo, como se deduce de lo establecido por el inciso segundo del artículo 12 del Código Penal. Lo cual no quiere sin embargo significar que haya identidad entre la culpa civil y la infracción culposa penal, porque, en tanto que la última no puede producirse sin una norma legal previa que la haya establecido, la culpa civil existe por la sola violación de una norma de conducta diligente, extraña desde luego a toda previsión legal, y aún a las de simple policía o a las que configuran las contravenciones.

“Resulta de lo dicho, que donde no hay infracción penal culposa, puede, con todo, existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual, la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera, no conlleva la absolución de la segunda, ya que aún sin una norma legal preestablecida puede haber un hecho u omisión dañinos —en el sentido puramente patrimonial— determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse, que es exac-

tamente lo que configura la culpa”. (Casación Civil Marzo 26 de 1952. T. LXXI Número 2112) 487, 2ª y 488, 1ª y 2ª

- 124 -

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN LO CIVIL

En el caso de que se trata en esta controversia, el Juez en lo penal sobreseyó definitivamente a favor de Benítez, como conductor del vehículo, no propiamente por razón de una simple ausencia de culpa, que hubiera dejado el campo abierto para el examen y calificación de otros motivos de culpabilidad, sino porque “el acto material que dio lugar al deslizamiento del vehículo hacia el precipicio fué, indudablemente, el sueño que repentinamente acomeió al piloto, toda vez que ningún obstáculo se le interpuso en su marcha y que la dirección y los frenos del aparato funcionaban correctamente”, y ese hecho, en su concepto, excluyó toda “falta de previsión en lo previsible”, porque “habiendo reposado el agente durante la noche anterior y no habiendo ingerido ninguna sustancia tóxica, le era imposible prever el momento en que el control de sus movimientos quedaría paralizado por la acción del sueño y, por consiguiente, quedar en incapacidad de conducir por senderos de seguridad el vehículo que viajaba con cuatro personas más”.

De donde se deduce que enjuiciado por la justicia penal, cierta y necesariamente el caso fortuito como eximente de responsabilidad en el evento, aquella calificación, con la que dicho sea de paso no podría estar conforme el criterio de la Sala, cerró definitivamente las puertas para la investigación de toda culpabilidad, y con el sello de verdad judicial indiscutible que ella comporta, precluyó ERGA OMNES el ejercicio de la acción civil indemnizatoria, no sólo respecto del conductor del vehículo contra quien aquélla se ade-

lantaba, sino también para el empresario por cuya cuenta se hacía el transporte.

Porque aun cuando en la investigación penal no se hizo ni podía hacerse objeto de calificación alguna la responsabilidad contractual del inculpado, y menos aún la del empresario que ni siquiera fué llevado al proceso, es lo cierto que fundada tal responsabilidad en la misma causa de la extracontractual, o sea, en la culpa, directa del chofer, en términos de que sólo por razón de ella se ha pretendido civilmente responsable al empresario, el examen que de la misma se hiciera en el presente, aún para fijarle consecuencias distintas a las ya deducidas, inevitablemente conduciría a una nueva calificación del hecho juzgado en lo penal.

No desvirtúa esta identidad de causa en la responsabilidad por culpa extracontractual que en este juicio se persigue, el hecho de que para la segunda se hubiera dejado en vigencia la responsabilidad del deudor cuando el caso fortuito ha sobrevenido por su culpa (art. 1604 del C. C.), o en otros términos, que "Para exonerarse de toda responsabilidad, el porteador debe probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo" (art. 306 del C. de Co.). Porque reconocido en el auto de sobreseimiento que "habiendo reposado el agente durante la noche y no habiendo ingerido ninguna sustancia tóxica le era imposible prever el momento en que el control de sus movimientos quedara paralizado por la acción del sueño y por consiguiente, quedara en incapacidad de conducir por senderos de seguridad el vehículo en que viajaba con cuatro personas más" quedó legítimamente acreditada a través del fallo penal la ausencia de culpa en la ocurrencia del hecho fortuito determi-

nante del daño, con la observancia de aquellas normas de prudente diligencia con que de ordinario es posible prevenirlo. (Casación Civil. Marzo 26 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 489, 2ª y 490, 1ª y 2ª

- 125 -

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN LO CIVIL (Demanda contra tercero civilmente responsable)

La acción civil, para la indemnización de perjuicios originados en una infracción penal, si bien subordinada, en principio, a la jurisdicción penal, puede ejercitarse ante los jueces civiles, aún en tratándose de que el responsable sea una persona natural, pues así se halla estatuido en el artículo 25 del código de procedimiento penal, al expresar que "si el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, PODRA EJERCER ANTE LOS JUECES CIVILES LA ACCION CORRESPONDIENTE, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil".

Pero si no se trata de reclamar la indemnización del directamente responsable, sino de demandar de un tercero el resarcimiento de los daños, máxime cuando se trata de una persona moral o jurídica, por la falta de su agente, dependiente o empleado, es indispensable acudir a los jueces civiles, pues todos los preceptos legales (artículos 92 y siguientes del Código Penal y 24 y siguientes del de Procedimiento Penal), se refieren a la condena que deben hacer los jueces penales a pagar los autores del delito o culpa o cómplices necesarios o no necesarios, y no es posible que puedan dictarla contra terceros, personas naturales o morales, por el delito

o culpa de sus representantes o dependientes, si no revisten aquella calidad de autores o de cómplices. (Negocios Generales. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ... 631, 1ª y 2ª

- 126 -

INSPECCION OCULAR (Valor probatorio de la extrajudicial)

Extrajudicialmente, prevé la ley dos clases de inspecciones oculares, ambas para futura memoria: la del artículo 731 del C. J., que se practica con citación personal de aquel contra quien haya de aducirse, lo cual permite a la ley darle el valor de plena prueba, en cuanto a los hechos y circunstancias observados por el Juez; y la que se realiza por éste sin otra intervención que la del solicitante, que es el caso de autos, con peritos o testigos, que el Juez designará libremente; esta inspección apenas constituye una presunción más o menos grave, conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados. (art. 732. del C. J.). (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Ns. 2110-2111) ... 113, 1ª

- 127 -

INSPECCION OCULAR Y PERITAZGO (Apreciación cuando concurren las dos pruebas en una diligencia)

En una inspección ocular hay que distinguir la prueba resultante de ella misma, de la que aparezca de la pericial que suele acompañarla, y que es concurrente con ésta. En efecto, el acta de la inspección ocular practicada durante el juicio, hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez en la inspección. En cuanto a los puntos materia del dictamen pericial, la fuerza probatoria de éste se apre-

cia conforme a las reglas sobre la materia (art. 730).

Existe, pues, con la inspección ocular, cuando además hay dictamen pericial, la concurrencia de dos pruebas, cuya práctica y examen se deben sujetar a los preceptos que separadamente las reglamentan. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) 112, 2ª y 113, 1ª

- 128 -

IRA E INTENSO DOLOR

Según el artículo 28 del Código Penal, para que la atenuante o modificación de la sanción se opere, es necesario que la provocación sea grave e injusta. En otros términos: la injusticia en la provocación no es una modalidad extraña a estos estados emocionales-pasionales, porque la existencia de aquella circunstancia es precisamente la que determina si la provocación en realidad tiene características de resultar contraria a todo derecho.

El término gravedad en la provocación se condiciona a la índole de la ofensa, para que sea capaz de producir la ira o intenso dolor, que, como reacciones psíquicas surgen de aquella determinante. Y la injusticia dice relación no ya a la propia ofensa, sino a la índole de los factores personales o afectivos que proceden del mismo agresor y que motivan su acción, pudiendo decirse, en este orden de ideas, que la gravedad es noción condicional a la forma como el agredido responde al estímulo que lo determina a obrar, reaccionando contra la agresión. Por lo general, la injusticia proviene del mismo provocador, que, sin derecho alguno, sin razón, estimula o impulsa con su acto la reacción que produce la ira o el dolor en las dos circunstancias que implica la atenuante, no siendo posible, en consecuencia, reconocer ésta si los dos conceptos no operan simultáneamente.

En el caso a estudio se reconoció por el jurado que el procesado había obrado después de haber recibido ofensas de palabra de la víctima con lo cual se pretende situarlo en condiciones de haber obrado por provocación injusta y grave, y movido por ira e intenso dolor. Mas ninguna de estas circunstancias fueron aceptadas por el jurado, pudiendo en consecuencia decirse que la modalidad agregada a la respuesta en que se admitió la responsabilidad, en modo alguno le favorece, por cuanto que configurándose como causal de atenuación en los términos previstos por el artículo 28 del Código Penal, es como si no existiera, y, apreciadas así las cosas, se ve por qué ni el Juzgado ni el Tribunal acogieron la agresión del veredicto como modificadora de la responsabilidad.

La norma del artículo 28 establece un presupuesto legal con sus características peculiares, y las locuciones que emplea indican el contenido preciso de los elementos indispensables para que opere en un caso dado como atenuante de la responsabilidad y por consiguiente de la pena.

Pero aún admitiendo que pudieran ser tenidas en cuenta las frases con que finaliza la respuesta del jurado, o sea las ofensas de palabra, es apenas natural que éstas guarden alguna relación con la índole del motivo determinante del acto, porque no es posible creer que cualquier ofensa, cualquier ultraje por insignificante que sea, permite aplicar aquella modalidad atenuante de la responsabilidad. (Casación Penal. Marzo 14 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 544, 1ª y 2ª

- 129 -

ISLA NUEVA (Quiénes tienen derecho a su distribución)

Según la regla 4ª del artículo 726 del C. C., "para la distribución de una nueva isla, se prescindirá enteramente de la isla o islas

que hayan preexistido a ella; y la nueva isla accederá a las heredades ribejanas, como si ella sola existiese".

Refiriéndose a la regla 4ª del artículo 456 del Código Civil de Chile que en este punto es exactamente igual a la antes transcrita del Código Colombiano, dice el autorizado comentador chileno Luis Claro Solar, lo siguiente, que la Corte acoge:

"Si con posterioridad a la formación de una isla, aparece otra entre ésta y una de las riberas, la accesión se verifica siempre con relación a las riberas, como si aquella isla no existiera".

"Por consiguiente, aunque la nueva isla se forme muy próxima a la anteriormente formada, pertenecerá toda ella a los propietarios de las riberas de que la nueva isla queda más cercana toda ella y no tendrán parte alguna los propietarios de la ribera opuesta aunque la isla preexistente les pertenezca a ellos exclusivamente. En otros términos, la isla antigua no se toma como ribera, ni aproxima la ribera a las nuevas islas para los efectos de la repartición de la accesión". (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, (T. VII, pág. 192). (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ... 333, 2ª y 334, 1ª

— J —

- 130 -

JURADO (No le compete dar la calificación jurídica de los hechos)

A los jurados, de acuerdo con la ley, se les debe interrogar sobre "el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica", y su veredicto, naturalmente, ha de concretarse a la afirmativa o negativa de esos hechos; y si juzgaren "que el hecho se ha co-

metido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación" (artículo 29, Ley 4ª de 1943).

Y ello es así, porque los jurados sólo califican HECHOS, conforme a su conciencia y sin sujeción a tarifa legal de prueba, por no ser versados en la ciencia del derecho. Su veredicto se dá verdad sabida y buena fe guardada. Es al Juez del conocimiento, en el auto de proceder y en la sentencia, a quien corresponde determinar la figura jurídica que los hechos punibles y sus circunstancias modificadoras implican en el campo de los principios doctrinarios. De otra manera, los jurados, contrariando la naturaleza de las cosas y el ámbito de las funciones propias, vendrían a ser como los censores jurídicos del Juez de derecho, lo cual no sólo resulta extravagante, sino absurdo.

En tal virtud, en esta clase de juicios con intervención del Jurado, a éste toca únicamente la calificación de los hechos punibles, y al Juez de derecho, la definición y enfoque de esos hechos en el terreno de la ciencia y de la ley. Y cuando el Jurado, por un exceso de atribuciones, resuelve emplear en su veredicto términos jurídicos, está obligado a expresar, en forma concisa o abreviada, los hechos en que se basa para hacer tal manifestación, a fin de que el juzgador pueda conocer, sin lugar a dudas, el real pensamiento de los jueces de conciencia, y dictar el fallo en conformidad con él. Porque bien puede acaecer que el Jurado a causa de su ignorancia en las disciplinas del derecho, use palabras técnicas que no traduzcan fielmente su modo de pensar y diga algo completamente distinto a lo que su mente y conciencia quisiera reconocer; y entonces, el Juez del conocimiento, al desarrollar el veredicto, incurriría en el grave error —desde luego justificado— de proferir la sentencia en desacuerdo con la verdadera voluntad del tribunal popular.

Síguese de lo dicho, que esas calificaciones jurídicas y técnicas que haga el Jurado en su veredicto, sin ninguna otra explicación sobre los hechos materia del debate, son inoperantes y no obligan al Juez de la causa. (Casación Penal. Abril 1º de 1952. T. LXXI. Número 2113)784, 2ª y 785, 1ª

- 131 -

JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Guardián, conforme al léxico, es la persona que guarda una cosa y cuida de ella. En este sentido se supone que no sólo la Corte, sino todos los órganos del poder público, corporaciones o funcionarios individuales, guardan la Constitución y cuidan de ella.

Pero al expresar ésta de manera tan notoria en un texto especial donde se declara que la función de guardián se le confía, como una función más (ADEMAS, dice el art. 214), esto es, fuera de las que le señalan y atribuyen otros textos de la propia Constitución y aún de las leyes ordinarias, está indicando de modo inequívoco y hasta enfático que es a ella —a la Corte Suprema de Justicia—, a la cual se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. Es, por tanto, dicha guarda, por obra del querer del Constituyente, una guarda exclusiva que, con el carácter implícitamente definido por el art. 214, la Corte no comunica con ninguna otra persona, funcionario o entidad del servicio público. De esta guarda así entendida, emana el poder supremo y la facultad eminente de la JURISDICCION CONSTITUCIONAL, atribuida a la Corte; cuyos fines, estructura y modo de funcionamiento no permiten confundirla con ninguna otra institución, como se prueba por lo que sigue:

a) Es una jurisdicción especial, cuya competencia supone o envuelve la jurisdicción ordinaria; porque como la competencia, definida en el código de organización judicial

(art. 143) ésta también es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República; y con esta investidura previa de la jurisdicción, la Corte recibe el cargo de guardián de la Constitución;

b) Pero es algo más, superior o de mayor categoría, porque esta jurisdicción produce la competencia para ejercer, por autoridad directa de la Carta Fundamental y en determinados negocios, la potestad de pronunciar el derecho de DECLARARLO (en su sentido castizo de ponerlo en claro definiéndolo y deslindándolo no en el sentido vulgar de “manifestarlo”), que se eleva por encima de las leyes ordinarias y que pertenece a la raíz misma de la soberanía nacional;

c) Los fines de esta guarda, ejercida en nombre de aquella soberanía y por autoridad del Constituyente, con calidad de juez supremo, que conoce en única instancia se mencionan de modo categórico por el texto comentado; tales fines: la integridad de la Constitución Política del país, mantenida a través de proyectos y leyes susceptibles de entrar en pugna con las normas trazadas por la primera; concepto de perspicuidad absoluta que no se compagina con restricciones, limitaciones o recortes de ninguna clase, especie ni condición, hasta el punto de que es improcedente introducir entre proyectos y leyes dos hipótesis directamente inversas, de las cuales el Constituyente sólo hubiera previsto una nada más, regulándola de tal manera que hubiera de entenderse que la regulación de la hipótesis contraria lo hubiera sido precisamente en sentido contrario también; pues, como lo enseña la lógica jurídica, tales son el valor y el alcance de los argumentos A CONTRARIO, de donde se deducen los conocidos aforismos tan usados por los prácticos: QUI DE UNO DICIT, DE ALTERO NEGAT; INCLUSIO UNIUS FIT EXCLUSIO ALTERIUS; EXCLUSIO FIT IN-

CLUSIO ALTERIUS. Ejemplo a propósito sería el texto de la reforma presentada en 1944 por Alberto Lleras Camargo, para la redacción del art. 214:

“Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, EN SU FONDO O EN SU FORMA... o sobre todas las leyes o decretos legislativos... acusados ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, etc.”. Con la explicación de la reforma se precisaba que al no autorizar a la Corte para decidir de las acusaciones de los particulares, diciendo que podían hacerlo por defectos de fondo o por defectos de forma, quedaba excluida la segunda hipótesis; si bien se puede advertir que la redacción tampoco resultaba muy feliz, porque mejor y más claro hubiera sido decir: “o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados, en su fondo, por cualquier ciudadano”. Esto hubiera sido más técnico si lo que se quería era definir que a los ciudadanos les estaba vedado acusar por defectos de forma; porque, de otro modo hubiera quedado la duda de lo contrario; y ello se explica debido a que el supuesto tiene cuatro miembros y no dos, como para que opere la regla del “inclusio unius alterius est exclusio”. La verdadera lección que de este antecedente se deduce —como ya se hizo notar arriba—, es la de que el Constituyente no tuvo voluntad de innovar, sino que dejó las cosas como estaban para que la Corte en su sabiduría resolviera si mantenía o modificaba su jurisprudencia: lo cual resultó muy sensato para bien del país y del derecho.

d) En su estructura, la guarda de la Constitución por la Corte, supone que ésta tiene el deber y, por consiguiente, la facultad correlativa, para pronunciar un fallo o decisión cuando las personas indicadas por el propio Constituyente elevan a conocimiento de esta corporación cualquiera de los actos previs-

— L —

- 133 -

LANZAMIENTO (Cuándo es aplicable este procedimiento)

La obligación de restituir la cosa arrendada o prestada que consagra el Código Civil, se hace valer mediante el procedimiento o juicio especial que reglamenta el Título XXXVII del Código Judicial cuando el actor puede exhibir la prueba de la existencia del contrato, tal como lo requiere no sólo el inciso primero del artículo 1104 del C. J., sino todos los demás apartes de esta misma disposición, pero no cuando el demandante carece de esa prueba y, por el contrario, entre las partes se controvierte sobre la existencia misma del contrato. Entonces es preciso acudir a la tramitación amplia del juicio ordinario para lograr la demostración del contrato, y la restitución de la cosa. (Casación Civil. Marzo 27 de 1952. T. LXXI. Nº 2112) . . 497, 1ª

- 134 -

LEGITIMA DEFENSA (Requisitos de la personal y de la subjetiva)

Tanto la legítima defensa personal, como la legítima defensa subjetiva, requieren, entre otros requisitos, para que tengan estructuración, el que sean "legítimas" en su causa, o en otros términos, que la causa que dé lugar a la realización del hecho, sea una acción ilegítima o bien la creencia razonable de hallarse ante un peligro actual, grave e injusto, que en realidad no existe, pues no le basta al agente del hecho haber procedido en defensa propia o de un tercero, sino que se exige que en relación con el injusto agresor se encuentre en condiciones de absoluta

tos por la Carta misma como aptos para contrariar sus disposiciones, sean éstas de la naturaleza que fueren, sustantivas o adjetivas, principales o accesorias, de fondo o de forma, de trámite o de contenido regulador; dichos actos no son otros sino las leyes, ya sean tales o perfectas, bien se hallen en potencia próxima, o en estado larval, es decir, no hayan salido de la categoría de proyectos;

e) Las personas que pueden llevar a conocimiento de la Corte y solicitar su intervención ante posibles infracciones cometidas con un proyecto de ley o con la ley misma, bien entendido que si el proyecto no lleva impulso genético bastante, el interés jurídico para que la Corte intervenga tampoco podría darse, son:

1º—El Presidente de la República cuando el proyecto aprobado por las Cámaras le llega para su sanción, y

2º—Cualquier ciudadano, con tal que la ley haya sido sancionada y promulgada (Sala Plena. Julio 28 de 1952. T. LXXI. Nº 2113) 676, 2ª y 677, 1ª y 2ª

- 132 -

JUSTICIA MILITAR (Cuáles civiles son juzgables por ella)

Los civiles a que se refiere el Código Penal Militar de 1945 (ordinal a), numeral 1º, artículo 7º) son los particulares que, sin tener la calidad de militares, desempeñan oficios administrativos en las organizaciones militares, pero no los Miembros del Cuerpo de la Policía Nacional, cuyas actividades son distintas a las de los civiles a que se refiere la Ley 3 de 1945. (Casación Penal. Febrero 19 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) . . 203, 1ª y 2ª

juridicidad o legalidad. (Casación Penal. Abril 1º de 1952. T. LXXI. Nº 2113) ..786, 1ª

- 135 -

LEGITIMA DEFENSA. (Cuándo se estructura)

El Código Penal, al hablar de la defensa como causal de justificación del hecho, no incluye la palabra "legítima", pero sí exige con toda puntualidad y claridad los postulados esenciales de la figura, con el objeto de diferenciarla de otras reacciones defensivas que no obedecen a esos presupuestos. De ahí que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se dice que hay legítima defensa cuando al hecho concurren a cabalidad los requisitos que la integran y que la hacen conforme a derecho. Si toda defensa fuera legítima, bastaría simplemente que la legislación empleara el vocablo defensa, sin exigir condición alguna, pero ello no es así, porque todos los códigos penales, para la concurrencia de esa causal y para darle valor de eximir de responsabilidad, demandan los elementos que la configuran, y cuando falta alguno de ellos, no puede tener el carácter de legítima. (Casación Penal. Abril 1º de 1952. T. LXXI. Nº 2113)784, 2ª

- 136 -

LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA

Si bien el miedo es la reacción súbita motivada por la representación de un peligro inminente y constituye la forma defensiva del instinto de conservación individual, no todo el que obra por miedo puede catalogarse en estado de legítima defensa subjetiva o putativa, ya que el peligro que ha suscitado el miedo, ha podido ser provocado por quien se defiende, y en ese evento, la causal de justificación o de error esencial ha de rechazar-

Gaceta—4

se, por carecer del requisito LEGITIMIDAD. Por más que actúe bajo la emoción del miedo, no estará en legítima defensa quien rechaza los actos lícitos de la autoridad, o el que imprudentemente se ha expuesto a sufrir la agresión de que es víctima, y luego la repele.

En tales hipótesis, apenas podría admitirse una circunstancia de menor peligrosidad, frente al numeral 3º del artículo 38 del Código Penal. (Casación Penal. Abril 1º de 1952. T. LXXI. Nº 2113)784, 1ª

- 137 -

LEPROSOS (Cambio de radicación de procesos contra ellos)

Quando se adelanta un proceso contra enfermo de lepra, aunque la ley provee a la defensa de los procesados que padecen de esta enfermedad, ordenando que todas las notificaciones personales se hagan por medio de Juez Comisionado y las demás se les hagan a sus defensores por estado o edicto, según el caso, es conveniente cambiar la radicación del proceso, para que éste se siga en el mismo lugar donde se halla el acusado porque ello resulta beneficioso para la justicia. (Casación Penal. Enero 25 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)183, 2ª

- 138 -

LEYES (Competencia de la Corte para decidir de su constitucionalidad aún por cuestiones de forma o trámite)

Comparando lo que regía según el texto original del artículo 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, con el texto aprobado por la Enmienda Constitucional de 1945, no hay base alguna para sustentar la tesis de que el Constituyente hubiera entendido limitar las facultades de la Corte, en punto a vicios de

inconstitucionalidad formal, al caso de objeciones presentadas por el Presidente de la República a un proyecto de ley, quedando excluidos de la tutela de la Corte, esos mismos casos si le eran sometidos por acusación de un ciudadano. (Sala Plena. Julio 28 de 1952. T. LXXI. N° 2113)666, 2ª

- 139 -

LEYES (La sanción presidencial no impide que se acusen por inconstitucionalidad formal)

Lo que común y ordinariamente acontece es que se expidan leyes conformes con la Constitución.

Así entiende la Corte que se hable de PRE-SUNCIONES en el punto que se examina. Pero no admite que, por el mero hecho de haber formulado objeciones el Presidente de la República contra un proyecto de ley que se le envió para que lo sancionara, ya deba presumirse, y presumirse de derecho, que aquél se ajusta a las normas que regulan su expedición. Y menos que no les sea lícito a los ciudadanos acusar después la ley por tal causa, si ellos están en capacidad de acreditar de modo fehaciente los cargos en que se fundan; como tampoco se acepta que la Corte no tenga competencia para decidir sobre la demanda. (Sala Plena. Julio 28 de 1952. T. LXXI. N° 2113)673, 2ª y 674, 1ª

- 140 -

LEYES INCOMPLETAS

Desde el punto de vista de la estructura de la norma penal, con apoyo en la teoría expuesta por Grisogni y también por Manzini y otros expositores el art. 157 del Có-

digo de Justicia Militar (Ley 84 de 1931) pertenece a la categoría de las normas incompletas, por cuanto se limita a fijar la pena, y sin determinar los elementos del delito, adopta los determinados en el Código Penal común, de modo que dos normas incompletas —la del Código Penal Militar y la del Código Penal Común— integran la norma completa que crea el delito y la pena, cuya aplicación sería clarísima si el Código Penal común hubiera aún regido en 1944.

Sin embargo, derogado el Código de 1890 en 1936, la doctrina admite, ya la tesis de que los arts. 169 y 170 a aquél pertenecientes se consideran incorporados en el nuevo Código Militar, ya la de que el art. 139 del nuevo, que define el delito, sustituye los citados arts. 169 y 170, doctrina ésta extrínsecamente lógica, que garantiza la eficacia jurídica del principio de la legalidad adoptado en la Constitución (art. 26) y en la Ley (arts. 1° del Código Penal y 5° del de Procedimiento Penal).

Aún más, enfrente de la misma ley penal militar, la admisión de tal doctrina es subsidiaria. Aquella ley, en efecto, después de ratificar en su artículo primero la identidad de principios básicos entre la ley común y la especial, la acoge en el artículo 121, al prescribir pues que “son aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y DE LAS LEYES QUE LO COMPLEMENTEN, REFORMEN O SUSTITUYAN”. (Subraya la Sala). La sustitución de los artículos 169 y 170 de la ley penal de 1890, que se operó mediante el artículo 139 de la vigente en 1938, así como la consiguiente aplicación de éste en la sentencia recurrida, son —por lo tanto— la realización de una expresa y categórica facultad legal. (Casación Penal. Abril 29 de 1952. T. LXXI. Número 2113)826, 2ª

- 141 -

LEY PENAL (Tránsito de legislaciones)

La ley 84 de 1931 no podía referirse a otro estatuto distinto del que regía al tiempo de su expedición, esto es el Código Penal de 1890. Ello significa que al ser reemplazado por otro, los hechos acaecidos durante la vigencia de aquella ley y justiciables dentro de sus reglamentos y estatutos, continuaban siendo delictuosos y juzgables conforme a sus mandatos, aunque existiese un nuevo Código Penal.

Es apenas elemental que el legislador no puede en todos los casos prever las ocurrencias futuras, pero es evidente que sí puede dar normas que regulen determinadas situaciones. La sustitución del Código Penal de 1890 implica que otro estatuto debe reemplazarlo. Si en el intervalo entre el tránsito de leyes codificadas, la legislación penal militar no ha sufrido modificaciones, la lógica lleva a concluir que las referencias de esta ley especial al Código derogado continúan vigentes en todo aquello en que regulen materias de índole idéntica y por ello mismo resultaron reemplazadas con los preceptos que para casos similares se contienen en el Código Penal nuevo.

Ahora: no habiéndose presentado modificación del Código de Justicia Penal Militar, al reemplazarse el de 1890 por el que entró a regir en 1938, los hechos delictuosos cometidos por militares tenían que caer bajo la jurisdicción del nuevo estatuto, desde luego que, como lo sustenta con razones poderosas y todavía no contradichas la Procuraduría, el legislador de 1931 (Ley 84) "previó la posibilidad de una sustitución de aquel Código Penal y quiso, expresamente lo estatuyó, que las normas contenidas en el estatuto que reemplazara el Código de 1890, tuvieran aplicación en materia militar".

Sería aberrante, y también absurdo, que el tránsito de legislaciones hubiese dado como resultado el hecho de dejar punible el delito de rebelión en los particulares, y ese mismo hecho —de peculiares condiciones para las fuerzas militares que están obligadas bajo juramento a la defensa intangible de las instituciones de la República— quedara impune por aquella circunstancia.

La ley —como lo anota la Procuraduría— no puede conducir al absurdo, y es ésta regla de hermenéutica universalmente reconocida. El absurdo en el caso es patente y por lo mismo resulta jurídicamente imposible aceptar una interpretación que conduce a tal extremo.

No está en lo cierto el actor al sostener que el Código Penal de 1890 desapareció "integralmente" el 1º de julio de 1938, cuando entró a regir el nuevo estatuto. Esta afirmación hecha en forma tan rotunda, no es íntegramente exacta. Aquel estatuto sí quedó derogado en el sentido de que el 1º de julio de 1938 sus disposiciones quedaron sin aplicabilidad, por cuanto un nuevo Código las reemplazaba; pero es entendido que algunos de sus preceptos continuaban vigentes en cuanto ellos hiciesen parte de una legislación especial sobre justicia penal militar, que al tiempo de entrar en vigencia el nuevo estatuto, regía todavía.

El sistema de legislar es vario y no siempre sigue idéntico criterio. El legislador puede señalar las normas legales de dos maneras principales: o bien fija el precepto y la sanción, completando la norma en un mismo texto, o señala el precepto, únicamente, limitándose a determinar la sanción haciendo referencia a otros estatutos sobre la misma materia. Así, se dice: el que cometa tal hecho dentro de estos elementos estructurales, sufrirá la siguiente pena. Existen, en este caso, precepto y sanción en una misma norma. En cambio, cuando legisla en éstos o parecidos términos: el que cometiere algún delito

de los enumerados en tal artículo de tal Código, sufrirá la sanción siguiente... lo único que hace es remitir el precepto a otro estatuto, el cual por esto mismo será siempre aplicable mientras subsista la legislación remittente.

Este segundo sistema se emplea más generalmente cuando se trata de legislar en forma especial sobre materias sometidas a fuero y por lo mismo no las contempla la legislación común, como es el caso de la Justicia Penal Militar.

Es apenas natural que el último sistema pueda prestarse a dificultades como las que posiblemente surjan del cambio de una legislación a otra. En efecto, cuando en 1931 se expidió la Ley 84 de ese año, regía el Código Penal de 1890. El proceso legal para aplicar el estatuto penal militar no sufrió tropiezo alguno porque el texto de la ley sobre Justicia Militar respondía al contenido del Código Penal común, cuando la norma resultare incompleta, por las referencias hechas de la ley al estatuto penal propiamente dicho.

La verdadera dificultad surge al cambiarse la antigua legislación penal por la nueva y al producirse el cambio no se opera al mismo tiempo la modificación del cuerpo de disposiciones que regulan las normas a que deben estar sujetos los individuos sometidos a un fuero, cuyos hechos delictuosos los contempla una legislación contenida en el Código de Justicia Penal Militar, escapando de esta suerte a la justicia respectiva del Código Penal común.

Las referencias hechas en la Ley 84 de 1931, con relación al Código Penal de 1890, dejan subsistente dicho estatuto en cuanto no puede considerarse derogado en esta parte; o de sostenerse otra tesis, no podría ser distinta de la contenida en el principio de que aún teniendo como derogado el estatuto general (Código Penal de 1890), puede éste ser aplicado después de su derogatoria, siempre

que alguno de sus textos se encuentre recibido en la legislación vigente (Ley 84 de 1931), porque tal derogatoria no surtió en su integridad el efecto de hacer desaparecer totalmente aquella norma, por cuanto una ley en vigencia la contenía y era por lo mismo susceptible de ser aplicada todavía, en virtud del hecho de que la ley especial no había sido derogada. (Casación Penal. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ... 218, 2ª; 219, 1ª y 2ª y 220, 1ª

- 142 -

LEY PENAL (Las disposiciones del Código Penal de 1890 a que hicieron referencia las de la Ley 84 de 1931 siguieron vigentes después del nuevo Código Penal)

El demandante ataca la sentencia materia del recurso, en primer lugar con base en la causal primera, es decir, por ser violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Dos son los motivos que alega el actor, para sustentar sus puntos de vista:

a) Haberse condenado al procesado por hechos no contemplados como delitos por las leyes que regían al tiempo en que se dictó el fallo, con lo cual se violaron los artículos 26 de la Constitución Nacional; 1º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento; y

b) Ser la sentencia violatoria del artículo 139 del Código Penal actual, por indebida aplicación, ya que este estatuto entró en vigencia en 1938 y a él no podía referirse el Código Penal Militar.

Quiere decir lo anterior que la existencia o inexistencia de la causal primera de casación depende de la situación de las normas jurídicas penales que estaban en vigencia en la fecha en que se consumaron los hechos que dieron lugar al proceso.

La Ley 84 de 1931 (Código de Justicia Pe-

nal Militar), establecía sanciones para el delito de rebelión militar y estaba concebida en los siguientes términos:

“Artículo 157.—Los militares de cualquier grado, colombianos o extranjeros, al servicio del ejército, que cometieren alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 del Código Penal, serán castigados con la pena de seis a doce años de reclusión militar.

“Esta pena se graduará en la proporción que determina el artículo 170 del Código Penal”.

Las citas que hace la disposición transcrita, se refieren al Código Penal de 1890, que era el estatuto que regía cuando se dictó la ley de justicia penal militar. Tales artículos decían:

“Artículo 169.—Cometen el delito de rebelión: 1º—Los que se levanten en armas contra el Gobierno, sea simplemente para derrocarlo, sea para cambiar la Constitución por las vías de hecho; y 2º—Los que se levanten con el fin de confundir en una persona o cuerpo los poderes públicos, que deben ser separados; o hacer que se ejerzan por personas o corporaciones distintas de las designadas al efecto, o de impedir por vías de hecho, la reunión del Congreso o la de alguna de sus Cámaras; o para disolverlo después de reunido; o en fin, para cambiar substancialmente la organización general del país”.

“Artículo 170.—Los que promuevan, encabecen o dirijan una rebelión, sufrirán de ocho a diez años de presidio. Los que simplemente tomen parte en ella, como empleados con mando o jurisdicción militar, política o judicial, sufrirán de seis a ocho años de presidio. Los demás individuos comprendidos en la rebelión, sufrirán de cuatro a seis años de presidio. Todos ellos pagarán, además, una multa de la décima a la quinta parte del valor libre de sus bienes”.

El contexto de los artículos transcritos, permite afirmar que en tratándose del de-

lito de rebelión, el Código Penal de 1890 contemplaba en el 169 los hechos constitutivos de esa infracción, y en el 170 las sanciones imponibles, en cantidad y calidad, de acuerdo con la situación jurídica del agente del ilícito; o mejor en la primera de las disposiciones nombradas se consagraba el precepto, y en la segunda, la sanción.

El Código de 1890 dejó de tener vigencia en primero de julio de 1938, fecha en que entró a regir el nuevo estatuto penal, o sea la Ley 95 de 1936, que en su artículo 432 dice:

“Derógase el Código Penal y todas las disposiciones contrarias a la presente ley”.

Es, por tanto, un hecho que no admite discusión, que el Código Penal de 1890 dejó de regir el citado día primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, pero esto no quiere decir que se acepte la tesis del demandante, de que como consecuencia de la derogatoria de esa ley hubieran quedado también sin valor los artículos de la ley de Justicia Militar que a ella hacían referencia.

El artículo 157 de la Ley 84 de 1931, como lo sostiene la Procuraduría, era una disposición penal de las llamadas incompletas por los tratadistas, lo que no implicaba que fuera una norma penal incompleta. Ocurre con esta clase de disposiciones penales, que ellas no contienen en su estructura el precepto y al mismo tiempo la sanción, sino que estos dos elementos integrantes de la norma penal están contemplados en varios artículos o preceptos, cuyo conjunto forma un todo completo o perfecto. A esta clase de normas penales pertenecía aquel artículo, porque sus dos elementos integrantes, precepto y sanción, estaban fragmentados en dos disposiciones incluídas en leyes penales distintas, que reunidas y concordadas constituían una sola norma compuesta de precepto y sanción.

Derogado el Código Penal de 1890, el pre citado artículo, estructurado en la form que

se deja expuesta, no habría sufrido modificación alguna, puesto que la Ley 84 de 1931, desde el momento de entrar en vigencia, incorporó e hizo suyos los artículos 169 y 170 de aquel estatuto, en cuanto definían el delito de rebelión y graduaban las penas aplicables.

Por consiguiente, las argumentaciones del actor sobre la inexistencia del hecho delictuoso, por ausencia de los requisitos de legalidad del delito y de legalidad de la pena, no serían valederas, porque se repite, el artículo 157 de la Ley 84 de 1931 había incorporado dentro de él los artículos 169 y 170 del Código derogado y, consecuencialmente, al desaparecer este estatuto, aquella norma no había sido modificada, pues la derogatoria decía relación exclusivamente a ese Código como ley penal común, aplicable a los hechos cometidos por los particulares y prohibidos y sancionados por él, pero no comprendió las referencias que a sus disposiciones hubieran hecho las leyes penales especiales.

.....

Se dice en la demanda que el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 dispone que "una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan...". Este precepto nada aduce en contra de la tesis expuesta, porque él se refiere a aquellas citas hechas por leyes dictadas con posterioridad a la ley que deroga una norma, pero no a casos como el presente, en el que la cita o referencia se hizo por una ley anterior a la que derogó la norma referida. Por eso, no se podría decir que se trate de revivir normas, de darles nueva vida, sino de aplicar disposiciones del Código derogado, que habían sido incorporadas dentro de las prohibiciones de la ley penal militar desde antes de la derogatoria de aquel estatuto. (Casación Penal. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ...208, 1ª y 2ª; 209, 1ª y 2ª y 210, 1ª

- 143 -

LEY PENAL MILITAR

La Ley 84 de 1931 previó la aplicación de disposiciones del Código Penal actualmente vigente, aunque él no estaba rigiendo cuando fué expedida aquella ley, porque el artículo 121 de la misma dispone que serán aplicables en materia militar las disposiciones del Código Penal y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en esa misma ley; y si el Código de 1936 sustituyó al de 1890, y determinados artículos del primero sustituyeron a otros del segundo, se sigue lógicamente la recta aplicación, al caso de autos, de las disposiciones vigentes en la actualidad.

No puede intentarse otra explicación al principio contenido en el artículo 121 citado de la ley 84 de 1931. De otra manera ese principio no serviría para decidir situaciones como la presente, y todo indica que su contenido legal no tiene distinto alcance que prever esa contingencia y resolverla, dentro de sus cánones. Y como éstos rezan que la expresión "Código Penal" allí empleada se toma con relación a todo el cuerpo de normas que constituyen ese estatuto, sin sujeción a una época determinada en caso de tránsito de legislaciones, sino en cuanto su vigencia en el tiempo a que una ley especial remita a él para determinados efectos jurídicos. En otros términos, mientras esté vigente la ley especial que lo integra dentro de sus mandatos en casos particulares para señalar una sanción al precepto contenido en aquella ley, aquel Código Penal está todavía vigente y por lo mismo sus disposiciones tienen que ser aplicadas. También cuando se dictan leyes que lo complementen o reformen, ese estatuto general tiene aplicabilidad en relación con la ley especial. Idéntica conclusión tiene que aceptarse cuando un Código sustituya a

ótro, porque el espíritu que gobierna al texto es que en el interregno entre una reforma al Código Penal, sin que ocurra igual cosa a la ley especial, no quedan sin respaldo en aquel estatuto las referencias contenidas en ésta, que complementan al precepto y la sanción cuando ésta resulta contenida en el Código Penal común.

La única excepción ocurre cuando tanto el Código Penal como las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan "no se opongan a las contenidas en la presente ley".

Sólo, pues, la oposición entre unos y otros mandatos hace inaplicable en materia de justicia militar las normas del Código Penal común. De tal manera que si esta circunstancia no aparece, ni en el que aquí se contempla, no es posible desconocer ni rechazar la fuerza de aquel mandato. (Casación Penal. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 220, 1ª y 2ª

— M —

- 144 -

MALA FE (Para que en casación pueda variarse el concepto del Tribunal, se requiere demostrar error de hecho)

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

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

Por lo tanto, para destruir el concepto del

Tribunal, no basta atacar por interpretación equivocada, o por violación directa, por falta de aplicación, o por aplicación indebida de la ley, sino que hay que ir más al fondo, demostrando error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas en que el Tribunal se ha fundado. (Casación Civil. Enero 28 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 44, 2ª

- 145 -

MALA FE (En el rematante de un bien embargado)

No es obligación del tercero rematante estudiar la totalidad del juicio dentro del cual se verifica la venta forzada de la cosa, ya que su interés se limita al estudio de los títulos y del certificado de propiedad y libertad del Registrador respectivo, de manera que no puede considerársele adquirente de mala fe cuando en ese certificado aparece que está vigente la inscripción del título del ejecutado, aunque exista la posibilidad de que el rematante hubiera sabido que aquél no era el verdadero dueño, tanto más que el juez, al tenor del artículo 1008 del Código de Procedimiento Civil, debe ordenar inmediatamente el desembargo y la consiguiente cancelación del embargo en el registro, si del certificado aparece que el ejecutado no es el poseedor inscrito, porque mala fe hay en el comprador que tiene perfecto conocimiento de que su vendedor no es el dueño de la cosa vendida. (Casación Civil. Enero 30 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 52, 1ª

- 146 -

MAGISTRADOS (Cómo debe hacerse la elección de los de Tribunales Administrativos)

Ninguna razón de orden legal, ni consideración alguna práctica, existe para sostener que la elección de los Magistrados para los

Tribunales Administrativos debe hacerse votando por los cuarenta y cinco miembros que integran su personal en toda la República, en vez de hacer la elección para cada entidad en número de tres Magistrados que es lo que por ley les corresponde. (Sala Plena. Febrero 12 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) .. 5ª, 2ª

- 147 -

MANDATO (Sus diferencias con el arrendamiento de servicios)

Cuando el mandatario obra como tal frente a los terceros con quienes contrata, su situación jurídica ofrece una característica esencial que sirve para distinguirla de la que se origina en otras estipulaciones que, como la del simple arrendamiento de servicios, presenta con el mandato grandes analogías: es la facultad de representación que en sí mismo conlleva el ACTO JURIDICO ejecutado en nombre del mandante, y que desde luego por su naturaleza es extraño al arrendamiento de servicios. (Casación Civil. Febrero 25 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) .. 120, 2ª y 121, 1ª

- 148 -

MANOS MUERTAS

Como lo dijo la Corte, "En primer lugar las fincas gravadas con censos en favor de manos muertas no podían ocuparse por los administradores de bienes desamortizados sino en el caso especial previsto por el artículo 6º de la ley 41 de 29 de mayo de 1864, caso que no se ha demostrado fuera el del censo redimido en 1865. Y en segundo término, el alcance de esa redención no podía ser otro que el de libertar la finca gravada, para suprimir las trabas que tal sistema implicaba para el desarrollo de la propiedad inmueble. Por esto si los títulos de la finca

no eran idóneos respecto del Estado, la redención del censo en el tesoro no regularizaba dicha situación, máxime cuando para su inscripción en los libros de registro sólo se exigía la escritura de reconocimiento (artículo 32 del Acuerdo de 24 de octubre de 1861 sobre contabilidad de bienes de manos muertas)". (G. J., ns. 2077-2078, pág. 836). (Negocios Generales. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 636, 1ª y 2ª

- 149 -

MARCAS DE FABRICA

Las solicitudes de cancelación de marcas son de competencia privativa de los jueces de circuito en lo civil de Bogotá, por expresa disposición del artículo 9º de la Ley 94 de 1931. (Casación Civil. Marzo 25 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 479, 1ª

- 150 -

MEJORAS

Los artículos 965 y 967 del C. C., al reglamentar el pago de las mejoras hechas por el demandado en el bien que se le demanda, las considera según su importancia y naturaleza, de tres clases: necesarias, útiles y voluptuarias.

Las expensas necesarias son aquellas que hayan sido exigidas para la conservación del inmueble. Habrán de restituirse integralmente al poseedor, aún al de mala fe, en todo caso independientemente de que subsista ventaja alguna por ellas. El propietario hubiera estado obligado a hacerlas.

El poseedor vencido tiene, pues, derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de las cosas (art. 965 del C. C.). En este caso, la ley no

tiene en cuenta la buena o mala fe con que haya procedido el demandado. Basta acreditar la necesidad que existiera de proceder a su construcción.

El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de contestar la demanda, conforme al último inciso del artículo 966 del C. C. Podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehuse pagarle el precio que tengan dichos materiales después de separados. (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. Número 2112)349, 2ª

- 151 -

MINAS (Resguardo de indígenas)

Si es verdad que la prescripción adquisitiva (a la cual puede asimilarse el sistema de la Ley 89 de 1890 en relación con los resguardos de indígenas) opera retroactivamente, como se desprende de algunas disposiciones del Código Civil —por ejemplo el artículo 1792, ordinal 1º— no es menos cierto que esa retroactividad no puede incidir válidamente sobre minas o yacimientos que, a tiempo en que se consumó la prescripción, ya habían sido objeto de reserva por la Nación y sólo podían explotarse mediante contratos o procedimientos especiales. (Negocios Generales. Marzo 22 de 1952. T. LXXI. Número 2112)604, 2ª

— N —

- 152 -

NOTIFICACIONES (La del auto que ordena dar traslado de la liquidación presentada por el actor en el trámite de cumplimiento, debe ser personal)

Atenido el intérprete a la definición que el Código y la doctrina dan del incidente en el proceso, no puede considerar como tal la eje-

cución de la condena en abstracto, desde luego que no es una cuestión incidental suscitada en el curso del juicio, que requiera decisión especial antes de la sentencia definitiva. Cuando la liquidación motivada y especificada se presenta, solicitando al Juez que la apruebe, ya ha terminado el juicio que reconoció el derecho a obtener el pago de perjuicios o frutos. Siendo así, la actuación se lleva a cabo fuera del juicio de condena en abstracto y con posterioridad a él. Por lo tanto, el auto que ordena dar traslado de la liquidación, es la primera providencia dictada en ese asunto judicial, y la notificación de él debe hacerse personalmente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 312, 314 y 317 del Código Judicial, según el caso. El cumplimiento de una condena en abstracto es una súplica ante el Organo Judicial, y, en general, la primera providencia recaída a una súplica debe notificarse personalmente. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)149, 1ª y 2ª

- 153 -

NOTIFICACION PERSONAL

La notificación, según su etimología, la naturaleza de las cosas y las disposiciones legales, consiste en dar a conocer a los interesados las providencias judiciales. Por ello, cuando se hace en forma directa, implica una actividad del secretario, esto es, el revelar su contenido a aquéllos (artículo 307 del C. J.); pues que mal puede conocerse lo que no ha manifestado quien debe hacerlo. Así, pues, por el hecho de dejar un expediente en un despacho con una providencia para notificarla, no puede darse por admitido que la dicha notificación se haya practicado, sino que es necesario llevarla a término en realidad de verdad, o sea, leyendo o haciendo leer su contenido, para dejar la respectiva constancia (artículo 408 del C. J.).

Según ésto, si el secretario no llevó el ex-

pediente al despacho del Fiscal y no obtuvo de él la firma en la fecha que llevaba anotada, vale decir, si no ejecutó la actividad que la ley ordena, no hizo realmente la notificación. (Negocios Generales. Enero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 239, 2ª

- 154 -

NULIDAD (De la elección hecha por una corporación pública)

La ley no ha erigido en causal de nulidad de los nombramientos o elecciones que hacen las entidades o funcionarios públicos, el hecho de que se hayan efectuado por quienes puedan tener una investidura irregular. Por tanto, sus actuaciones son válidas, aun cuando con posterioridad se anule el precepto que creó el cargo o el acto por medio del cual se proveyó, siempre que se hayan realizado según las normas legales y dentro de los límites de la competencia que les ha sido atribuida. La seguridad y firmeza de la función administrativa, se opone a que su validez pueda estar subordinada a la de la investidura en razón de la cual pudo aquélla realizarse. (Sala Plena. Febrero 12 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) 4, 2ª

- 155 -

NULIDAD (Alcance de la declaración de nulidad de un matrimonio)

Podría pensarse que según el artículo 15 de la Ley 57 de 1887, la declaración oficiosa de nulidad de un matrimonio debería hacerse en todo caso en que el juez encuentre plenamente probada la existencia de un impedimento insubsanable, aunque la declaración no haya sido demandada; pero resulta que de acuerdo con el código de procedimiento civil, el juicio de nulidad del matrimonio civil se sigue por los trámites del ordinario de ma-

yor cuantía, y que la demanda debe notificarse al Agente del Ministerio Público para que intervenga en interés de la moral y de la ley, y, especialmente, en defensa de los intereses de los hijos.

Según ésto, ¿cómo podría el juez, sin haberse cumplido esa última formalidad y sin que medie una súplica expresa de anulación, decretar oficiosamente la nulidad? Pero, de otro lado, ¿cómo pretender que cuando la demanda no versa sobre nulidad del matrimonio sino sobre efectos del mismo, no pueda el juez desconocer su validez, para deducir de ese desconocimiento las consecuencias legales, si encuentra plenamente demostrada la nulidad absoluta del contrato matrimonial y si un texto expreso de la ley le ordena declararla de oficio?

La solución de este aparente conflicto es, en concepto de la Sala, la siguiente: la nulidad declarada mediante demanda expresa al respecto, con intervención del Ministerio Público, por los trámites del Capítulo I, Título XIX del C. J., produce efectos ERGA OMNES, al paso que la nulidad que se declara de oficio, sin las formalidades expresadas, produce efectos INTER PARTES solamente, lo que no significa que tales efectos se limiten al juicio en que aquélla ha sido declarada, pues racionalmente operan en lo sucesivo sin limitación alguna, para regular los efectos que del contrato anulado emanen para las partes contratantes.

De este modo se armonizan los artículos 15 de la Ley 57 de 1887 y 782 y 783 del C. de P. C., si es que estos últimos no fijaron el sentido y alcance del primero.

Una solución distinta conduciría al absurdo de que un matrimonio viciado por algún impedimento dirimente, insubsanable, condenado por la moral y las buenas costumbres y contrario al orden público, tendría que ser respetado por la justicia mientras su anulación no fuera declarada en sentencia firme, previa la acción directa corres-

pondiente, con intervención del Ministerio Público y por el procedimiento del juicio ordinario, no obstante existir disposición legal expresa que ordena al juez desconocer de oficio la validez de ese contrato. (Casación Civil. Marzo 7 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ...

363, 1ª y 2ª

- 156 -

NULIDAD (De una donación)

Es evidente desde luego el error de la sentencia al sostener el concepto contradictorio de "que para demostrar que una donación es nula, es necesario demostrar primero que ella se celebró con cumplimiento de todos los requisitos que la ley exige para que se forme válidamente", y llegar a la conclusión implícita de que, por no haberse hecho tal comprobación en la que es objeto del pleito, no puede la justicia pronunciarse sobre su nulidad. Porque subordinada la eficacia del acto jurídico a la observancia de los requisitos establecidos por la ley para su validez, el vicio o vicios de que se le acusa tienen precisamente que fundarse en el incumplimiento de tales formalidades; por lo cual resulta absurdo sostener una declaración de nulidad con base en la previa comprobación de la validez del acto. (Casación Civil. Enero 30 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 59, 2ª

- 157 -

NULIDAD (De un contrato de renta de bien raíz de mujer casada celebrado antes de la Ley 28 de 1932)

La formalidad de la licencia judicial que para enajenar bienes raíces de la mujer casada exigía el art. 1810 del C. C., obedecía a la incapacidad a que ésta estaba sometida antes de entrar en vigencia la Ley 28 de 1932, que le reconoció plena capacidad. Era ésa una exi-

gencia legal establecida sólo en atención a la calidad o estado de la mujer casada y en beneficio de ella. Así lo aceptó y pregonó siempre una constante jurisprudencia de la Corte.

Y la omisión de ese requisito genera, en consecuencia, una nulidad relativa del contrato, en atención de lo estatuido en el art. 1741 ibidem, que puede sanearse por la ratificación de la parte interesada, tal como lo prevé el artículo 1743 de la misma obra.

Luego la ratificación que una mujer hizo cuando ya era viuda y gozaba, de consiguiente, de plena capacidad civil, de un contrato de compraventa celebrado sin la mencionada formalidad de la licencia judicial, sana la nulidad de que adolecía el contrato. (Casación Civil. Marzo 27 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 495, 1ª y 2ª

- 158 -

NULIDADES (En materia procesal civil)

Nuestro Código de Procedimiento Civil, siguiendo en materia de nulidades adjetivas el principio que informa la legislación francesa, de que ninguna diligencia y acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente establecida en la ley, somete los juicios a determinadas causales de nulidad, que son taxativas, es decir, de interpretación restrictiva, en el sentido de que sólo las establecidas por el Código la generan.

Los motivos de nulidad han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, y la falta de citación y emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Tales son las causales señaladas por el artículo 448 del C. J. (Casación Civil. Febrero

29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ...
168, 2ª

- 161 -

- 159 -

NULIDAD (Por ilegitimidad de personería)

El derecho de accionar o de excepcionar, con base en la nulidad del juicio por ilegitimidad de la personería, no corresponde a cualquiera de las partes, sino privativamente a la mal representada. Es el interesado mismo quien puede alegar la falta de representación, no su contraparte, ni siquiera su litis consorte. Así lo ha dicho la Corte, en repetidos fallos.

Lo relativo a personería adjetiva circunscribe el interés indispensable para alegar nulidades, o siquiera irregularidades "en la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio". (Casación Civil. Marzo 31 de 1952. T. LXXI. N° 2112)
521, 2ª y 522, 1ª

- 160 -

NULIDADES (Quién puede alegar la ilegitimidad de personería)

La ilegitimidad de personería no puede ser alegada con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla, a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en juicio. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)169, 1ª

NULIDADES (No las hay por haberse omitido el reparto o incurrido en errores al hacerlo)

El reparto no confiere competencia. Esta la tiene el Juez o Magistrado no en virtud de esa diligencia, sino de la facultad en concreto emanada de la jurisdicción que tienen ciertos funcionarios para administrar justicia, en casos determinados, por factores como el territorio donde se cometió la infracción, la naturaleza del hecho y el fuero que surge de las condiciones del procesado, que limitan aquella jurisdicción por cuanto se refiere al ejercicio de ésta para el conocimiento de los negocios atribuidos por la ley a los funcionarios que expresamente señala con esas atribuciones y facultades.

Por ello dice Florián que la capacidad subjetiva que atañe a la persona del Juez y la constitución del órgano jurisdiccional, se puede considerar en abstracto y en concreto: la primera, considerada en líneas generales; la segunda, en cada caso particular. Aquella la posee el Juez cuando ha sido nombrado según las reglas establecidas por la ley; o sea, cuando, según la ley, es apto para ejercer las funciones que se le señalan. Es decir, atañe a los requisitos inherentes a la persona del Juez en cuanto tal. La capacidad subjetiva en concreto atañe a la posición e idoneidad del Juez en el proceso concreto, pues para que el Juez pueda actuar legítimamente, hace falta que posea también la capacidad subjetiva para ejercer sus funciones en cada proceso.

No teniendo, como no tiene, la diligencia de repartimiento otro efecto que el de buscar que el trabajo judicial sea distribuido de manera equitativa entre los distintos funcionarios que poseen por ministerio de la ley aquellas formas de capacidad subjetiva para administrar justicia, no es posible asignar a tal diligencia la posibilidad de arreba-

tar a los funcionarios que gozan de jurisdicción y competencia la prerrogativa o facultad de juzgar un caso determinado, sólo porque se incurrió en un informalidad que no vicia la atribución legal y que únicamente representa una medida de índole reglamentaria para organizar el trabajo judicial en forma que se atribuya por igual entre los distintos funcionarios a cuyo conocimiento corresponde la decisión de los casos que la ley señala como de su competencia. Siendo el proceso penal una sucesión de actos dentro de su misma unidad, es necesaria la distribución de funciones y de trabajo entre los encargados de él, aún dentro de un mismo proceso, los cuales expresarán entonces, en distinta medida, la facultad jurisdiccional de cada uno de los Jueces que desempeñan tales funciones.

Ahora bien, es necesario entender que la incompetencia de jurisdicción que consagra el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, se refiere al caso en que el Juez no tiene la investidura de tal (capacidad subjetiva en abstracto), o cuando carece de competencia para conocer del negocio (capacidad subjetiva en concreto), ya por la naturaleza de éste, o por el lugar del delito, o por la persona sindicada.

Por lo demás, el propio Código Judicial, en su artículo 449, aplicable aquí por ser una disposición común a todos los juicios y no oponerse a lo establecido en el estatuto procesal penal, como lo ordena el artículo 7º de esta obra, resuelve el caso en forma que basta su enunciación para que no sea menester aducir más razones sobre este punto. Dicho artículo manda que no se puede alegar nulidad por incompetencia de jurisdicción, entre otros casos, por "falta de repartimiento, o de haberse hecho éste indebidamente". (Casación Penal. Marzo 14 de 1952. T. LXXI. Número 2112) ... 540, 1ª y 2ª y 541, 1ª

- 162 -

NULIDADES (Cusal 8ª del art. 198 del C. de P. P.—Sólo puede incurrirse en el auto de proceder)

La doctrina ha entendido siempre que la nulidad de que trata el ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P., se refiere únicamente al auto de proceder, de manera que no configura esta nulidad el error en que pueda incurrirse en la sentencia de primera o segunda instancia.

En todo caso, además, no es posible hablar de nulidad por simples errores de máquina en que se incurra por meros descuidos al escribir las fechas, porque las nulidades están instituidas para salvaguardar las prerrogativas de la defensa del procesado, de tal manera que todo aquello que las vulnere, comprendido dentro de los términos taxativos de los textos que las consagran, es nulo y sin valor dentro del proceso. Por lo mismo, cuando no se ha violado ningún precepto ni menos desconocido alguna de esas garantías, resulta imposible hablar de nulidad. (Casación Penal. Enero 25 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) 185, 2ª

— 0 —

- 163 -

OBEDIENCIA (Cuándo es causal de justificación del hecho)

Del contenido del artículo 25 del Código Penal común y del consignado en el artículo 173 de la Ley 84 de 1931, se deduce que para que la obediencia sea causal de justificación del hecho realizado por el que obedece, se requieren varias condiciones:

a) Que el hecho ejecutado lo haya sido en virtud de una orden de carácter militar;

b) Que la orden haya sido dada y cumplida por militares en servicio;

c) Que esa orden tenga carácter obligatorio por tratarse de actos que se ejecutan por razón del servicio, lo que excluye que en esos casos puedan tener carácter delictuoso; y

d) Que no haya habido exceso en su ejecución. (Casación Penal. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 563, 2ª y 564, 1ª

- 164 -

OBLIGACIONES DE HACER (Requisitos para la aplicabilidad del procedimiento de la Ley 66 de 1945)

El artículo 1° de la Ley 66 de 1945 no consagró reforma alguna respecto de las condiciones o requisitos que deben reunir todas aquellas obligaciones de hacer regladas por dicho estatuto. La naturaleza especial del procedimiento de apremio requiere que aquéllas sean expresas, claras y sobre todo exigibles, pues lo que la reforma del año 45 estableció no es en el fondo sino una acción judicial de requerimiento, la cual sólo es procedente cuando el deudor se constituye en mora de cumplir, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1610 del C. Civil. (Negocios Generales. Febrero 6 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 268, 2ª

- 165 -

OPINION (Cuándo constituye impedimento)

La Corte, interpretando el numeral 4° del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, ha dicho que la opinión que se traduce en causal de impedimento, es aquella que se emite en un auto de fondo, en donde el funcionario sostenga tesis substanciales y fundamentales del proceso, que impliquen para él una determinada orientación jurídica o judicial que lo comprometa en sus con-

ceptos, juicios u opiniones, de suerte que, si por alguna circunstancia se convierte en fallador de ambas instancias, sea incapaz de modificar aquel criterio, por estar vinculado a él, y su imparcialidad sufra mengua y su espíritu no tenga la suficiente libertad para juzgar del asunto sin sujeción a un prejuicio o un preconcepto. (Casación Penal. Enero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) .. 182, 1ª

- 166 -

OPINION (Cuándo configura causal de impedimento)

Para que prospere la causal de recusación prevista en la parte final del inciso 4° del artículo 73 del C. de P. P., es necesario que la opinión se refiera a un aspecto substancial del proceso, como lo es, por ejemplo, aquella en virtud de la cual se dá concepto sobre el mérito de las diligencias sumarias, o cuando se ha intervenido en una providencia en que se llama a responder en juicio al procesado, ya que en estos casos necesariamente se hace un estudio a fondo de la situación jurídica del juicio, que implica el análisis de los elementos estructurales del delito y de la responsabilidad de los autores o partícipes.

En otros términos, para que pueda entenderse en qué consiste la opinión que se traduce en impedimento, es necesario que se produzca ésta en una providencia en donde el Juez sostenga tesis substanciales del proceso, de tal suerte que su decisión implique para el funcionario una determinada orientación jurídica o judicial que lo comprometa en sus opiniones, en sus juicios y conceptos, de modo que, de sobrevenir alguna circunstancia que lo convierta en fallador en ambas instancias sea incapaz de modificar aquel criterio, por estar íntimamente vinculado a él; que su imparcialidad sufra mengua y su espíritu no tenga la suficiente libertad para juzgar sin sujeción a un prejuicio o a un pre-

concepto. (Casación Penal. Febrero 12 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ... 196, 2ª y 197, 1ª

- 167 -

OPINION (Cuándo configura impedimento)

En repetidas ocasiones, la Corte ha sostenido que la causal de impedimento contenida en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, comprende a los funcionarios de la rama jurisdiccional que en providencia de fondo emiten su opinión o concepto sobre lo substancial del proceso, y que posteriormente, como funcionarios de superior jerarquía y en segunda instancia, tienen que revisar el negocio. De tal suerte que constituye causal de impedimento o recusación en un Magistrado de Tribunal Superior, la circunstancia de haber dictado como Juez el auto de proceder contra un procesado cuya sentencia condenatoria o absolutoria va a revisar, porque se estima que aquella providencia es una opinión sobre el asunto materia del proceso, que influye definitivamente en su solución y, principalmente, porque esta doctrina tiene su mayor confirmación en la institución jurídica del grado o de la instancia, fundada en el principio de que el examen del acto impugnado mediante un recurso, debe atribuirse por la ley a órganos integrados por personas distintas y de superior jerarquía a aquella decisión en el grado o instancia primitiva; pues la institución de las instancias en el derecho procesal, requiere la diversidad de personal que haya de intervenir en los juicios.

Consecuencia de lo anterior es, además, que el hecho de que un Magistrado de un Tribunal haya tomado parte en la providencia que confirmó el auto de proceder de primera instancia, no está impedido, por haber emitido opinión, para revisar la sentencia de

primer grado, aunque él haya estado en desacuerdo con la confirmación del enjuiciamiento y haya salvado su voto al auto respectivo, pues si así no fuera, el Juez que dicta un enjuiciamiento no podría dictar la correspondiente sentencia de primera instancia, ni los Magistrados que confirman una providencia de tal naturaleza podrían conocer —en segunda instancia— de la sentencia que se dicte posteriormente por el Juez del conocimiento. (Casación Penal. Abril 22 de 1952. T. LXXI. Nº 2113) 812, 1ª y 2ª

— P —

- 168 -

PARENTESCO (Cuándo es causal de impedimento o recusación)

No existe impedimento en el Juez o Magistrado o en el Agente del Ministerio Público, fundado en parentesco con el apoderado o defensor de cualquiera de las partes, cuando en el momento de ser manifestado el impedimento, el otro ha dejado de tener el carácter de apoderado o de defensor. (Casación Penal. Marzo 26 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 550, 2ª

- 169 -

PARTICION (Cuándo pueden proponerse objeciones contra el segundo trabajo)

En casos en que el primer trabajo de partición se ordenó rehacer por estimarlo extemporáneo e inconducente, viene a resultar que el segundo trabajo tiene el carácter, no de partición rehecha, sino de partición original, y por tanto contra él caben objeciones, sin que puedan ser rechazadas AB INITIO. (Casación Civil. Septiembre 19 de 1951. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 14, 1ª

- 170 -

PARTICION (Cuándo puede hacerse la material de un predio)

La Corte admite que cuando en la diligencia de inventarios y avalúos o a juicio del partidor, aparece que el inmueble avaluado en conjunto tiene sectores que por sus circunstancias especiales representan distinto valor, el partidor no pueda dividirlo materialmente sin extralimitar sus funciones, pues en tal caso tendría necesidad de asignarle a los diversos lotes los valores correspondientes a su situación o calidad, estableciendo así una nueva tasación y arrogándose las facultades que a los peritos confiere en forma privativa la ley. Pero cuando, por el contrario, en la diligencia de inventarios y avalúos consta que no existen tales diferencias, o así lo aprecia libremente el partidor por haber guardado silencio sobre el particular los peritos, la Corte considera que entonces no usurpa funciones ni vulnera la ley el partidor que realiza la división material, sino que cumple con una de las finalidades propias de su labor, consistente en evitar la creación o prolongación de comunidades innecesarias. (Casación Civil. Septiembre 19 de 1951. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ..14, 2ª y 15, 1ª

- 171 -

PARTICION (Cuáles objeciones pueden prosperar)

La simple inconformidad de uno o de varios asignatarios porque no les fueron adjudicados determinados bienes a los cuales aspiraban con algún fundamento, o sencillamente por capricho, no pueden en ninguna ocasión servir de base a una declaratoria de infracción de reglas legales establecidas como principio orientador para el encargado

de realizar una partición. (Casación Civil. Septiembre 19 de 1951. T. LXXI. Nos. 2110-2111)16, 1ª

- 172 -

PARTICION (Las reglas del art. 1394 del Código Civil no son normas imperativas)

Las reglas del artículo 1394 del Código Civil no son normas imperativas, sino preceptos flexibles que han de servir únicamente para guiar el criterio del partidor, al cual dejan en relativa libertad para dar a los problemas suscitados por situaciones de hecho, soluciones distintas a las prescritas como formulación del deseo del legislador. Podría considerarse que han sido vulneradas las normas, cuando sin razón atendible y contra hechos y circunstancias plenamente establecidos, un partidor se niega a proceder conforme a lo preceptuado en el artículo 1394, y el Tribunal confirma tan disparatado proceder. Si el texto de la disposición legal, inspirado en el propósito de que la partición se haga conforme a cuanto la razón natural indica como conveniente, justo o mejor, no dejara al partidor un amplio margen para separarse de la regla en los casos en que su estricto cumplimiento sea imposible, casi todas las comunidades a título universal quedarían ilíquidas, o serían extinguidas incurriendo en errores y faltas de equidad mayores de las que el mencionado artículo ha querido evitar.

En ocasiones pueden no existir imposibilidad física u obstáculos de hecho insuperables para sujetar a las pautas del texto la solución que requiere el problema planteado al partidor, pero puede ocurrir al mismo tiempo que otras conclusiones resulten más de acuerdo con las conveniencias generales de los interesados y con los dictados de la equidad y la justicia, que son precisamente los que el artículo 1394 ha procurado preservar como norma permanente y primor-

dial. Y es en previsión de situaciones semejantes, que las aludidas reglas contienen expresiones condicionales que implican una recomendación o una mera facultad discrecional otorgada al partidor, para que se sujete a ellas mientras no lo dificulten o hagan imposible las circunstancias concretas del caso particular. (Casación Civil. Septiembre 19 de 1951. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ... 16, 2ª y 17, 1ª

- 173 -

PARTICION (Falta de adjudicación de la hijuela de gastos)

Ya ha dicho la Corte que "No es objetable la partición de bienes herenciales porque el partidor no haya determinado la persona a quien se adjudica la hijuela de gastos; en tal caso son los herederos los que deben atender al pago de las deudas, con los valores señalados en la hijuela" (G. J. Tomo 30, pág. 212). (Casación Civil. Septiembre 19 de 1951. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 17, 2ª

- 174 -

PENA (No puede pedirse al tiempo con la indemnización por el incumplimiento)

El acreedor no puede pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; "a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal" (artículo 1594 C.C.), ni puede pedir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente (artículo 1600 ibidem). La pena —ha dicho la Corte— es la estimación anticipada del perjuicio que se causa a la otra parte por el incumplimiento de lo

5—Gaceta

pactado o por el mero retardo. (G. J., T. LXI, 767). (Casación Civil. Abril 4 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 722, 2ª y 723, 1ª

- 175 -

PENAS (Interpretación del art. 33 del Código Penal)

La preposición HASTA, significa gramaticalmente "término de lugares, acciones y cantidades", y si el estatuto represivo dispone en el artículo 33 que la sanción base para el delito más grave puede aumentarse "hasta en otro tanto", es claro que el término máximo del aumento de sanción, es el doble de la cantidad básica que corresponde a la infracción más grave cometida por el procesado. (Casación Penal. Abril 25 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 822, 2ª

- 176 -

PERITAZGO (Su apreciación)

El dictamen pericial cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos. (Casación Civil. Febrero 27 de 1952. T. LXXI. Ns. 2110-2111) 131, 2ª y 132, 1ª

- 177 -

PERITAZGO (Error de derecho en su apreciación)

No es constitutivo de error el que el sentenciador hubiere escogido entre los dos dictámenes periciales producidos en este pleito.

el practicado en la segunda instancia por estimar que tenía una fundamentación más aceptable, pues, por el contrario, era su deber escoger entre los dos y decidirse por el que a su juicio estuviera más ceñido a las prescripciones legales. Si el juzgador tuviera necesariamente que acoger el de primera instancia por las circunstancias de contener un concepto uniforme de los peritos y por no haber sido objetado, carecería de sentido en gran número de casos el art. 718 del C. J., que concede a las partes el derecho de pedir sobre un mismo punto el dictamen de peritos "una vez en cada instancia" y se le otorgaría al silencio, asentimiento tácito o inactivo ideal de los litigantes, la facultad de determinar el valor probatorio del peritazgo, conclusión ésta claramente inadmisible, pues sabido es que la doctrina de los expositores y la jurisprudencia de la Corte están conformes al sostener que la prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la evaluación jurídica del juez, que es a quien en definitiva corresponde asignarle la fuerza probatoria del peritazgo. (G. J. n. 2050 Casación de 27 de agosto de 1947). (Casación Civil. Marzo 7 de 1952. T. LXXI N° 2112) 375, 2ª

- 178 -

PERITAZGO

Ni el artículo 722 del C. J. ni el 723 ibidem constriñen al juzgador a fijarle sin discriminación alguna el valor de plena prueba al dictamen pericial, aunque aparezca explicado y debidamente fundamentado; por el contrario, aquél disfruta de gran amplitud de criterio para analizar estas circunstancias y para determinarle su fuerza probatoria, según que en su concepto lo encuentre o no suficientemente explicado y fundamentado. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte. (Casación

Civil. Marzo 10 de 1952. T. LXXI. N° 2112)
384, 2ª

- 179 -

PERITAZGO

A los litigantes, ha dicho la Corte, les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (art. 718 del C. J.), pero en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor, el juzgador no queda legalmente obligado a decidirse por el último practicado, por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él, aún en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley, para escoger entre los dos, el que a su juicio resulte verdadera y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos, si llega a estimar que carecen de debida fundamentación. (G. J., Tomo LXVI, pág. 372). (Casación Civil. Marzo 31 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ... 521, 1ª

- 180 -

PERITAZGO

Solamente al dictar el fallo que corresponda, es cuando los jueces de instancia han de darle el valor probatorio al concepto de los peritos, aceptándolo en lo que encuentren aceptable. (Negocios Generales. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 630, 2ª

- 181 -

PERITOS

Los peritos pueden hacer sus apreciaciones no solamente "de visu", sino refiriéndose también a datos de terceros, siempre que en este caso los hechos base de la estimación

estén debidamente comprobados en el juicio. (Casación Civil. Marzo 7 de 1952. T. LXXI. Número 2112)375, 2ª

- 182 -

PERJUICIOS (Presunción de culpabilidad)

No basta que se ejercite una actividad peligrosa y se determine un daño, sino que es esencial que se establezca que el daño tuvo origen en aquella actividad. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)114, 2ª

- 183 -

PERJUICIOS (Cuándo se originan en culpa o en mala fe de un demandado)

La mala fe o culpa en que haya incurrido un demandado sólo dá lugar a indemnización cuando origina un daño y éste se establece fehacientemente en el respectivo proceso. (Casación Civil. Febrero 27 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)131, 1ª

- 184 -

PERJUICIOS (Competencia para conocer de los juicios de indemnización de los ocasionados con trabajos públicos)

Porque no se pueda ordenar la restitución del predio, sino que apenas se pueda ordenar su pago al desposeído por el Estado mediante la ocupación para trabajos públicos, no puede decirse que el actor se limite a ejercer una acción por simples daños o de mera reclamación de perjuicios, porque si el actor no es dueño, no podría ordenarse el pago del terreno.

Respecto de los perjuicios, cabe observar que ellos pertenecen a esta acción, pues que con la orden de entregar el valor de la cosa

ocupada, es forzoso ordenar también que se indemnicen los daños y se restituyan los frutos al actor, teniendo en cuenta la buena o mala fe del demandado. Los perjuicios no constituyen, pues, en estos casos, una acción distinta que se haya ejercitado con la acción sobre pago y que se pueda separar, sino una misma con ella. (Negocios Generales. Enero 19 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)

236, 1ª y 2ª

- 185 -

PERJUICIOS (Incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de los originados en actos administrativos)

La justicia ordinaria es competente para conocer de demandas contra la Nación que versan sobre aquellas cuestiones de derecho privado a que se refiere el numeral 2º del artículo 76 del C. J., pero no lo es para el caso de acciones tendientes a obtener indemnización de perjuicios provenientes de actos de la administración nacional, típicamente ubicados dentro de la esfera de los servicios públicos del Estado, cuyo conocimiento compete a la justicia de lo contencioso-administrativo, conforme a los preceptos de los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941. (Negocios Generales. Enero 23 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)244, 1ª

- 186 -

PERJUICIOS

El simple hecho de haber sido decretado y aún comunicado un embargo, no puede tenerse aisladamente como un daño, si por cualquier motivo el embargo no se ha realizado, sino cuando está asociado a otro u otros hechos que den razón de un perjuicio al menos probable. (Casación Civil. Marzo 11 de 1952. T. LXXI. Nº 2112)391, 1ª

- 187 -

PERJUICIOS (Ocasionados con un denuncia criminal infundado)

Ni aún partiendo de la base imposible de que todos los ciudadanos sean penalistas consumados, podría exigirse al denunciante la calificación exacta del delito configurado por los hechos que denuncia, o la garantía de que ellos implican realmente un ilícito. Hechos que en un principio tienen todas las apariencias de delictuosos, resultan después, mediante la investigación, desprovistos en absoluto de esa calidad, del mismo modo que la responsabilidad del agente, que se presenta a veces con caracteres que parecen indiscutibles, desaparece plenamente al conocerse las circunstancias en que obró. Por eso ha dicho la jurisprudencia que lo único que la ley exige al denunciante es no faltar a la verdad en su información y dar todos los datos de que tenga conocimiento y que puedan servir a la justicia para comprobar el hecho y descubrir a los responsables. (Casación Civil. Marzo 13 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 398, 2ª y 399, 1ª

- 188 -

PERJUICIOS (Valor del sobreseimiento penal)

Como lo dijo la Corte: "El sobreseimiento, aun cuando sea definitivo, no acredita la inocencia del sindicado, sino tan sólo la incapacidad de la investigación para demostrar la existencia del delito. De ahí que el sobreseimiento, aun cuando sea definitivo, absuelve de la instancia, pero no del delito. La justicia civil no puede abrir muy amplia puerta al crecido número de las supuestas o reales víctimas de los denunciantes, porque entonces éstos, antes de comprometer su patrimonio en aras de tan ingrato deber legal,

por lo menos se abstendrían de denunciar los delitos". (G. J. número 1927, pág. 419). (Casación Civil. Marzo 14 de 1952. T. LXXI. Número 2112)407, 1ª

- 189 -

PERJUICIOS

Para que un perjuicio origine la responsabilidad, es necesario que presente esta característica fundamental; que sea CIERTO, en el sentido de que tenga su existencia demostrada, de que signifique un daño concreto, preciso y respecto del cual no se presente al juzgador duda alguna en el futuro.

Ha dicho la Corte: "En juicio no es dable mandar indemnizar sino aquellos daños precisos y concretos que se demuestren. La indemnización es un derecho. Emanan, por ende, de hechos palpables. Donde los hechos no están acreditados por sus circunstancias reales y tangibles, no hay modo de sacar conclusiones prácticas, debido a que el campo procesal repudia el criterio meramente conjetural, aun cuando la hipótesis sea en realidad de acaecimiento probable, pero difícil su demostración. (Sentencia de 3 de noviembre de 1943, G. J. ns. 2004 a 2009, pág. 284) (Casación Civil. Marzo 31 de 1952. T. LXXI. N° 2112)522, 2ª

- 190 -

PERJUICIOS (Su indemnización no se confunde con pago de renta o precio por el tiempo que falte)

El artículo 2003 del C. C. establece, como es lógico, una clara distinción entre la indemnización por el incumplimiento y el pago de la renta o precio por el tiempo que falta. (Casación Civil. Abril 4 de 1952. T. LXXI. Número 2113)723, 1ª

- 191 -

PERJUICIOS (No puede demandarse su indemnización dentro de procesos militares)

El nuevo Código de Justicia Penal Militar ha excluido, contrariamente al Código ordinario, la decisión de todo cuanto atañe a la reparación de perjuicios, según la clara e inequívoca fórmula adoptada. "Ante la jurisdicción penal militar —dice el art. 24— no se ventilan cuestiones de interés pecuario ni habrá parte civil. Las acciones para indemnización de perjuicios derivados de delitos sujetos a la jurisdicción militar se ventilan ante la justicia ordinaria, conforme a las normas comunes". (Casación Penal. Abril 18 de 1952. T. LXXI. N° 2113) ..797, 2ª

- 192 -

PETICION DE HERENCIA

De acuerdo con disposiciones civiles, para alcanzar éxito en la acción de petición de herencia, hay que probar que se tiene mejor derecho a la herencia que el que la ocupa en calidad de heredero (artículo 1321 del C. C.). De donde resulta que previamente ha de haber un debate sobre herederos, es decir, una discusión sobre estado civil. No puede concebirse, pues, una acción sobre petición de herencia, sin que en la litis haya que abarcar una cuestión familiar. Y el Tribunal ha entendido que esa cuestión familiar, se torna en una acción sobre filiación natural, como primaria, lo cual es un error. (Casación Civil. Abril 3 de 1952. T. LXXI. N° 2113) ...712, 2ª

- 193 -

PETROLEOS

Los actos cumplidos entre particulares no tuvieron la eficacia o virtualidad de hacer el traspaso al dominio privado de las tierras

pertenecientes a la Corona, sin el lleno de los requisitos previstos y ordenados por las Reales Cédulas, esto es, de alcanzar la composición de las tierras ocupadas sin título. (Negocios Generales. Marzo 14 de 1952. T. LXXI. Número 2112)587, 2ª

- 194 -

PETROLEOS (Prueba de la propiedad)

Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, cuando la Nación apoyándose en la presunción de ser baldíos unos terrenos, solicita una declaración de dominio en su favor respecto del petróleo que en tales terrenos pueda encontrarse, está dispensada del peso de la prueba, auncuando haya asumido la calidad de demandante, en atención a que la aseveración que hace el Estado de ser baldío un terreno entraña una negación indefinida, o sea la de no haber salido de su patrimonio, la cual, según los principios sobre prueba, debe destruirse con la afirmación concreta y definida de haberse adquirido el dominio por quien se pretende dueño. (Negocios Generales. Marzo 14 de 1952. T. LXXI. Número 2112)594, 2ª

- 195 -

PETROLEOS

No estando acreditada la identificación de los terrenos materia de este juicio no sólo en cuanto a los linderos del último registro sino también conforme a las demarcaciones hechas en los títulos anteriores a 1873, la Sala se considera rélevada de entrar en el estudio acerca de la validez de estos últimos, toda vez que no habiéndose demostrado que tales títulos tienen base real y verdadera, comprobable plenamente sobre la cosa que en ellos se relaciona como propiedad particular, es inútil ocuparse del aspecto de su validez legal. (Negocios Generales. Marzo 26 de 1952. T. LXXI. N° 2112)620, 2ª

- 196 -

POLICIA (Detención de miembros de la Policía Nacional)

Respecto de los funcionarios de la policía las leyes conceden ciertos privilegios y prerrogativas, pero es innegable que exigen igualmente de ellos que en el desempeño de sus funciones procedan con el más estricto sentido de responsabilidad y del alcance tan delicado de su misión preventiva. Pues no sería adecuado en un régimen de instituciones legales fundadas en principios democráticos, que ciertos funcionarios gozaran de prerrogativas y derechos especiales, sin que correlativamente se les exigiera a los mismos, en el cumplimiento de sus deberes, un desempeño por lo menos tan prudente, que guarde relación con la índole de los privilegios concedidos.

Y esas prerrogativas exigen siempre, como condición indispensable para su otorgamiento, que los agentes de la policía obren en forma que no se excedan en el desempeño de su cargo, cuando obran en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas, de modo que si no se cumple este requisito, no es posible pretender que esas prerrogativas comprendan a este género de funcionarios públicos. Por lo mismo, en un caso dado, es indispensable averiguar si se satisfizo el lleno de esas condiciones, pues de lo contrario, no podría dársele cumplimiento a los mandatos legales que señalan esa clase de privilegios. (Casación Penal. Marzo 20 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 548, 1ª y 2ª

- 197 -

POSESION (Prueba de la)

Para el dueño y en general para todo aquel que ostente y demuestre que tiene un título de aquellos que de suyo legitiman la posesión, el solo hecho de habitar un inmueble es

signo de posesión material; mas eso no puede predicarse de todo ocupante, porque habitan el arrendador, el comodatario, el usuario, etc., y el hecho tiene, de consiguiente, una significación equívoca y no podría investirse de la categoría de acto posesorio, sino en determinadas circunstancias.

Tampoco es signo indicativo de posesión el que quien recibió una cosa a un título de mera tenencia, se niegue luego, ante una exigencia del otro sobre el particular, a restituírsela, porque de esa circunstancia no puede lógica ni jurídicamente deducirse que él desde entonces se dá por dueño, ya que la negativa a restituír no es acto posesorio y a cada instante se niegan a hacerlo el arrendatario, el comodatario, el habitador, etc., sin que se pretendan dueños. (Casación Civil. Marzo 27 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ... 501, 1ª y 2ª

- 198 -

POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA (Decreto de)

Con la institución del decreto de posesión efectiva de la herencia en los artículos 950 a 952 del Código Judicial, quiso la comisión redactora de dicho estatuto hacer operante el precepto del artículo 757 del Código Civil, que no tenía aplicación anteriormente, y que establece que, si bien la posesión de la herencia se confiere por ministerio de la ley, en el momento de deferirse, no puede el heredero disponer de un inmueble mientras no preceda el decreto judicial que dá la posesión efectiva y el registro del mismo decreto y de los títulos que confieran el dominio.

El decreto se expide a favor de la herencia representada conjuntamente por los herederos; una vez expedido, otro u otros herederos pueden pedir que se extienda a su favor si presentan la prueba de su calidad; y, en todo caso, el excluido o excluidos pueden hacer valer sus derechos en juicio sobre petición de la herencia.

En cuanto al alcance o eficacia del citado decreto, lo explica la Comisión al decir que es "un auto destinado a ser inscrito en el libro de registro y que, al propio tiempo que sirve como medio de cancelación de las inscripciones hechas allí en favor del de cujus, a intento de que no subsistan con el peligro de que cualquiera persona, tomando el nombre del difunto, haga enajenaciones o constituya hipotecas sobre los respectivos bienes, confiere a los herederos facultades dispositivas respecto de los bienes herenciales".

Es claro, y así se desprende de la naturaleza misma de la institución, que si no hay más que un solo heredero, a éste le basta, para disponer de los bienes herenciales, el decreto de posesión efectiva de la herencia, y así lo establece el artículo 968 del Código Judicial. (Negocios Generales. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. N° 2112) . . . 625, 2ª y 626, 1ª

- 199 -

PRESUNCION DE CULPABILIDAD

No basta que se ejercite una actividad peligrosa y se determine un daño, sino que es esencial que se establezca que el daño tuvo origen en aquella actividad. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) . . . 114, 2ª

- 200 -

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO (No debe confundirse con el contrato que debe constar por escrito)

El recurrente confunde el contrato que debe constar por escrito, por razón de su valor, con el escrito constitutivo del principio de prueba de tal naturaleza. La diferencia es elemental: el primero es preconstituído, le sirve de apoyo pleno al acreedor para exigir a su deudor el cumplimiento de la obligación no cumplida en los términos de la respectiva

estipulación, y en el cual se hallan todos los elementos y formalidades exigidos por la ley para su celebración. En el segundo, no aparecen integrados aquellos elementos, ni rodeado de esas formalidades, por lo regular, carece de la determinación del objeto o de la fecha de la celebración, etc., sin que se pueda requerir al deudor incumplido con el solo apoyo en él, el cumplimiento de la obligación, pues, a diferencia del acto escrito o contrato propiamente dicho, el principio de prueba apenas dá margen a la posibilidad de que el contrato se celebró, lo hace verosímil y permite reconstruirlo en todos sus elementos, con testigos, indicios, presunciones y demás medios de prueba.

Si no fuera así, y como lo anota el profesor Rocha, en su "Tratado de la Prueba en Derecho": "Si el principio de prueba por escrito fuera el contrato, se confundiría el acto jurídico con su prueba, y lo peor, con una incompleta, porque no es sino un principio de prueba: es decir, obtenido el principio de prueba por escrito, todavía faltan otras pruebas que complementen e integren todo el contenido del contrato". Además, el principio de prueba es independiente del negocio impugnado, ya que el acto mismo no puede llevar su auto elisión jurídica, pues, si para destruir la eficacia de un acto o contrato se toma el acto mismo, se cae evidentemente en un círculo vicioso: del documento sólo podrán sacarse indicios y presunciones sobre su naturaleza.

En los contratos escritos, ya sea que la ley exija esta forma "ad solemnitatem" o "ad probationem", o sea que las partes convengan en hacerlo por escrito, o que el negocio sea de los exentos de esta forma de celebración, existe una presunción de hecho en contra de los pactos anteriores, coetáneos, o posteriores al otorgamiento del respectivo documento, en cuanto éste recoge el contenido completo del contrato. Es de suponerse como apenas natural, que cuando los pactantes des-

pués de convenir verbalmente un negocio, resuelven redactarlo y consignarlo por escrito, es porque él es el resultado definitivo e íntegro de todas sus conversaciones y negociaciones.

Así las cosas, el que alegue un acto verbal en oposición al que recoge el documento escrito, deberá destruir la presunción de que éste es completo y demostrar que lo pactado verbalmente debe tenerse en cuenta porque el contenido del documento es incompleto e inexacto y no recoge todo lo convenido. Prueba que consistirá en la demostración de los hechos o circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la celebración y de los que se deduzca notoriamente el valor de los pactos verbales existentes, además del documento. Pero la libertad de prueba en estos casos está restringida por la ley, por razón de la solemnidad del acto y por motivo del valor de la cosa. Y si tal criterio rige para los contratos propiamente dichos, con mayor razón debe regir para el principio de prueba por escrito.

Por otra parte, los contratos contemplados por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 no son solemnes. En tal virtud, se hallan en la situación exceptiva del artículo 93 ibidem. Esto es, que se puede recurrir a medios distintos de prueba del escrito: a la confesión o absolución de posiciones y al principio de prueba por escrito, que si éste no reemplaza al contrato, lo hace verosímil, y con la ayuda de otras pruebas, indiciarias, declaraciones de testigos, etc.; que lo complementan y suplen su contenido incompleto, contribuyen a la reintegración de sus elementos, y, consecuentemente, a la formación de la prueba de su existencia. (Casación Civil. Febrero 4 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) .. 65, 2ª; 66, 1ª y 2ª y 67, 1ª

- 201 -

PROMESA DE CONTRATO (Le es aplicable el art. 1546 del C. C.)

La promesa de celebrar un contrato, cuando las partes se obligan recíprocamente, es una verdadera convención bilateral, porque el obligarse los contratantes recíprocamente, es condición que imprime carácter de bilateral a un pacto (artículo 1496 del Código Civil).

Si la promesa de celebrar un contrato constituye una convención bilateral, a esa convención ha de aplicarse el artículo 1546, que es ley para todos los contratos bilaterales, sin que pueda considerarse la promesa de celebrar un contrato, como una excepción al ordenamiento general de aquel artículo, porque esa excepción tendría que tener como base una expresa disposición de la ley civil, que hasta el presente no existe. (Casación Civil. Marzo 14 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 411, 1ª

- 202 -

PRUEBAS (Su práctica en caso de demandas de inconstitucionalidad de leyes)

La Corte define en uso de sus atribuciones constitucionales y por interpretación de lo que en casos semejantes se ha practicado por ella, que para ordenar una prueba cualquiera en los casos en que deba traerse, basta un simple auto de "cúmplase", firmado por el Magistrado a cuyo cargo esté la ponencia del fallo. (Sala Plena. Julio 28 de 1952. T. LXXI. Número 2113) 684, 1ª

- 203 -

PRUEBAS CIRCUNSTANCIALES

En nuestro sistema probatorio, las pruebas circunstanciales, son admitidas en casos en

que la ley no exige determinada prueba escrita. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)107, 1ª

- 204 -

PRUEBAS SUPLETORIAS

La Corte y los tribunales han sostenido de manera constante que no pueden presentarse de una vez las pruebas supletorias, sin acreditar en alguna forma que no pudieron allegarse las principales, cómo su mismo nombre y la naturaleza de las cosas lo indica. (Negocios Generales. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. Número 2112)624, 2ª

— R —

- 205 -

REBELION (Delito de)

Algunas formas de infracción permiten estructurar figuras autónomas que comprenden actos preparatorios y los elevan a la categoría de delictuosos (v. gr. el art. 145 del C. P.), por el peligro potencial que encierran, del cual derivan su relevancia penal en las circunstancias predeterminadas en la ley, pues sin este requisito no serían punibles, por mandato del artículo primero del Código Penal.

Los casos de esta ocurrencia los denomina Carrara "actos preparatorios especialmente incriminados"; y la doctrina alemana los distingue como "preparación punible de delitos". Mas no siempre el legislador castiga los actos preparatorios que puedan resultar tendientes a la consumación de un delito. Unicamente cuando tales actos están evidentemente vinculados, por una relación de causalidad, a la existencia de una infracción determinada, que ha de realizarse porque los actos preparatorios así lo indican, revelando de esta suerte el propósito del agente, el es-

tatuto penal consagra esas figuras específicas, en las que otorga relevancia penal a los hechos que están destinados a exteriorizar aquel ánimo de delinquir, pero que apenas se encuentran en la fase inicial del proceso ejecutivo del delito y que deben ser reprimidos en atención a la importancia de los bienes jurídicos tutelados en tales infracciones dolosas.

En tratándose del delito de rebelión, el Código Penal común estructura una especie de éstas en la disposición ya citada (art. 145), que consagra como caso sui generis de tentativa, que se sale de las reglas generales que gobierna esta figura, porque la ley, como lo anota Sebastián Soler, se ve forzada a incriminar en forma autónoma ciertos actos preparatorios, por el interés de que la acción no siga adelante, como ocurre en dicha disposición, desde luego que el concierto para cometer el delito de rebelión a que aquélla se refiere, sólo es punible cuando "los proyectos criminosos fueren descubiertos antes de iniciarse los actos ejecutivos". (Casación Penal. Abril 1º de 1952. T. LXXI. Nº 2113) 794, 2º

- 206 -

REBELION MILITAR

Como lo dijo la Corte en sentencia de 22 de febrero de 1952, el legislador de 1931, al expedir la ley 84 de ese año, previó por medio de su artículo 121, que "El Código Penal de 1890 podía ser complementado, reformado y aún sustituido por otro en el futuro y para estos eventos estatuyó la aplicación en materia militar de las disposiciones que lo complementaran, reformaran o sustituyeran. Por consiguiente, derogado el Código de 1890 y sustituido por el de 1936, las normas contenidas en este nuevo estatuto en cuanto prohíben la rebelión como hecho punible, sustituyeron a las que contenía aquel Código sobre la misma materia". (Casación Penal.

Marzo 28 de 1952. T. LXXI. Número 2112)
557, 2ª

- 207 -

REGISTRADOR (Cuál es el valor probatorio de sus certificados y cuándo deben presentarse en juicio)-

Los certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados no son sino elementos probatorios complementarios de los títulos sujetos a la solemnidad del registro, y la ley excepcionalmente exige su presentación en el ejercicio de cierta clase de acciones, como en las que versan sobre división de bienes comunes, embargo de bienes en ejecuciones o cuando por trámite especial se solicita la venta de la cosa hipotecada. No para los demás juicios, ni siquiera para el reivindicatorio. (Casación Civil. Enero 24 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)38, 1ª

- 208 -

REGISTRO (Debe hacerse no sólo el de la partición sino también el de la sentencia que la aprueba)

En el juicio de sucesión hay dos actos, que son decisivos para fijar el dominio sobre bienes que antes eran del causante y que pasan a ser de sus herederos: la partición, que pueden hacer los coasignatarios por sí mismos cuando hay acuerdo entre ellos y todos son mayores de edad, o por medio de un partidor; y la aprobación del Juez al trabajo de partición.

Son cosas distintas, pues, la partición en sí y la sentencia que la aprueba, y a cada una corresponden textos legales sustantivos sobre registro; el artículo 2662 del Código Civil detalla las condiciones de la inscripción de un acto legal de partición, y el artículo 2645 del mismo Código expresa la

Oficina donde el registro debe hacerse; el artículo 2652 de aquel Código establece que están sujetas a registro las sentencias o aprobaciones judiciales de la partición de la herencia. Principio corroborado por el artículo 2661, que versa sobre las condiciones que debe llenar el registro de una sentencia.

Y porque de estas disposiciones se hacía confusión antes de la expedición del actual Código Judicial, vino éste y dijo en su artículo 967: "El Juez, en la misma sentencia aprobatoria de la partición, debe mandar que ésta y aquélla se inscriban en el Libro de Causas Mortuorias del Circuito en donde se siguió el juicio y en el mismo libro de aquellos circuitos en que están ubicados los inmuebles adjudicados". (Casación Civil. Marzo 20 de 1952. T. LXXI. N° 2112)

443, 2ª y 444, 1ª

- 209 -

REGISTRO (Prueba del registro de un título)

Una cosa es probar que un título registrado existe, y otra muy distinta probar que ese título se registró oportunamente y cuál es su contenido al tenor de la respectiva inscripción en la Oficina de Registro. Lo último se demuestra con el certificado del Registrador o con una inspección ocular; pero lo otro sólo se prueba con la copia respectiva del título, acompañada de la nota de registro. Y para suplir el título con el certificado del Registrador, es necesario acomodarse a lo dispuesto en el artículo 2675 del Código Civil. (Casación Civil. Marzo 20 de 1952. T. LXXI. Número 2112)446, 1ª

- 210 -

REIVINDICACION (Prueba de la posesión por parte de los demandados)

La posesión no es concepción abstracta de

derecho, sino que hay que ponerla en relación con los hechos. No vale afirmar que un demandado posee, y conseguir testigos que así lo declaren: es preciso testimoniar realizaciones que sólo corresponden al propietario. En la posesión es preciso afirmar hechos de los cuales pueda deducirse que hubo la aprehensión material de la cosa, para poner ésto en armonía con el ánimo de señor o dueño.

La posesión es la tenencia de la cosa con ánimo de señor o dueño; y para establecerla se deben comprobar hechos que sólo el dueño puede realizar, y establecer que esos hechos inciden sobre toda la cosa reclamada en reivindicación, pues si tratándose de varios demandados, sólo unos poseen con aquel ánimo, y otros no, o si unos poseedores ocupan determinada porción de la cosa, y otros ocupan porciones distintas, negándose así la unidad en la posesión, ya a esos demandados no se les puede tener como poseedores del inmueble en disputa, ni se les puede tener cuando alguno o algunos de los demandados son simples arrendatarios que no podrían obrar con ánimo de señor o dueño. (Casación Civil. Febrero 22 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)93, 2ª

- 211 -

REIVINDICACION

Ninguna disposición legal ordena que se presente una prueba específica de la identidad de la cosa reclamada, lo que enseña que lo que ha de constar, de manera inequívoca, es que el bien cuya entrega se demanda es el mismo que posee el demandado; sobre principio general probatorio de que todo hecho que se alega en juicio debe aparecer como evidente, acreditado por alguno de los medios establecidos en la ley (art. 593 del C. J.). (Negocios Generales. Febrero 19 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)271, 2ª

- 212 -

REIVINDICACION (El procedimiento reivindicativo procede aún contra el que no es poseedor)

El procedimiento reivindicatorio es viable también contra el que retenga indebidamente una cosa a nombre de otro, aunque lo haga sin ánimo de dueño, según dice el artículo 971 del C. C.

Las condiciones esenciales para la prosperidad de esta acción, son, pues, las dos siguientes: a) que se tenga una cosa a nombre ajeno, aún sin ánimo de señor y dueño; y b) que se la retenga indebidamente, o sea, sin título legal. (Negocios Generales. Febrero 19 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ..272, 2ª

- 213 -

REIVINDICACION

La acción reivindicatoria o de dominio está configurada por estos factores: a) cosa singular; b) derecho de dominio del demandante; c) posesión material en el demandado, y d) identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante, sea lo mismo que posee el demandado.

En tratándose de reivindicación de bienes raíces, la acción la tiene el verdadero propietario de la finca que se trata de reivindicar.

La acción de dominio, según la propia definición que da la ley, se ejerce sobre cosas singulares, expresión que equivale a decir que el bien que se trata de reivindicar debe determinarse con absoluta precisión, para que no haya lugar a confusiones, ni a violaciones de derecho ajeno. El título en que apoya su derecho el reivindicador debe ser claro, preciso y ajustado a las exigencias de la ley.

En esta clase de juicios, como lo tiene establecido la Corte, se investiga quién tiene mejor derecho para poseer; porque el carácter de dueño, exigido por el artículo 946 del C. C., y la noción de propiedad, prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 347, 1ª

- 214 -

REIVINDICACION

Por perfecta que sea una titulación, de nada vale en juicios de reivindicación, si quien la presenta como actor no demuestra que ella cobija o que dentro de ella se halla aquello que señala como poseído por otro. (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 347, 1ª y 2ª

- 215 -

REIVINDICACION (Prestaciones mutuas)

Las prestaciones mutuas en la reivindicación y las restituciones recíprocas en la nulidad, son complemento obligado de la acción misma, y así las cosas, perteneciendo, como pertenecen de suyo a lo demandado, o debiéndose, por mandato expreso de la ley, reconocer las correspondientes al demandado, no requieren pedimento expreso o especial para que la sentencia, cuando decreta la acción, decida sobre éstas, que son sus consecuencias. (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 349, 1ª y 2ª

- 216 -

REIVINDICACION (Prueba del dominio sobre inmuebles)

Demostrar la concatenación de una titulación, es llevar al juicio, por los medios le-

gales y en debida oportunidad, los títulos que formen la cadena respectiva desde el actual hasta el que se señala como primer eslabón. De la confrontación de tal cadena de títulos con la que exhiba la contraparte, también en legal y debida forma, resultará a cuál de ellos corresponde el mejor derecho: si al actor, prosperará la acción reivindicatoria y si al demandado, aquélla deberá ser desestimada.

Por otra parte, la prueba del dominio de inmuebles es rigurosamente solemne; teniendo este carácter, no puede suplirse por otra, ni al Juez le es dable admitir ninguna en su reemplazo, así sea plenamente veraz y lleve a su ánimo la certidumbre de que el acto debió celebrarse u ocurrir y de cuál fué su contenido. Como lo ha dicho la Corte, en tal caso el juzgador "tiene que mirar como no ejecutado o como no celebrado el acto o contrato respecto del cual no figura en juicio la prueba solemne exigida por la ley". (Casación de 31 de agosto de 1910, G. J. Tomo XIX, pág. 50). Doctrina repetida en innumerables ocasiones.

¿Y cuál es esa prueba? Sin la menor duda, la solemnidad irremplazable consiste en la copia auténtica de los títulos con su nota de haberse inscrito adecuadamente en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados. (Casación Civil. Marzo 20 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 444, 2ª y 445, 1ª

- 217 -

REIVINDICACION (No procede contra quien no sea poseedor)

La ley precisa quién puede reivindicar, qué cosas pueden reivindicarse y contra quién se debe dirigir la acción reivindicatoria; hace responsable al poseedor actual como sujeto pasivo de esa acción, y hace pesar la carga de la prueba sobre el actor. Al presentarse

- 218 -

un litigio de esta naturaleza, puede afirmarse que conlleva o implica una colisión de derechos “entre el del ocupante que a su tenencia material agrega ánimo de señor —CORPUS ET ANIMUS— y que por éso es poseedor y cuenta con el favor legal de presumirlo dueño, y el del que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá esa presunción y lo dejará vencido”. Pero cuando el demandado no es tal —poseedor— o el demandante no pruebe que lo sea, la acción de dominio no sería aplicable, no opera por ausencia de aquella situación jurídica e imposibilidad de la restitución por el condenado.

No es concebible la colisión de aquellos derechos, sin la presencia de las situaciones opuestas de los contrincantes en la forma anotada antes; las distintas a las contempladas, dan origen o nacimiento a acciones diferentes a la reivindicatoria para el dueño y con el objetivo de que pueda recuperar lo suyo, ocupado por otro, sin ánimo de señor y dueño. De aquí que no pueda estimarse la regla del art. 971 del C. C., como un principio exceptivo al general que se ha venido comentando, en el sentido de hacer responsable como sujeto pasivo de la acción de dominio, sin discriminación alguna, al tenedor.

Se trata, como ha entendido la jurisprudencia la doctrina del art. 971, de una extensión del principio, o mejor, de la aplicación del procedimiento asignado a la acción reivindicatoria a los casos allí contemplados, y de ahí, la necesidad requerida por la misma jurisprudencia de distinguir las diversas situaciones por las cuales se llega a la de mera tenencia, para determinar a cuáles les son aplicables las reglas del mencionado artículo 971 del C. C. (Casación Civil. Marzo 14 de 1952. T. LXXI. N° 2112)418, 1ª

REIVINDICACION (Cuál posesión se toma en cuenta para la preferencia en tratándose de inmuebles)

En tratándose de bienes inmuebles, el art. 1873 del C. C. no toma en cuenta, para establecer la preferencia de que habla, la posesión material, sino la inscrita y la entrega o tradición que se efectúa mediante el registro del respectivo título.

A este respecto ha dicho la Corte:

“El artículo 1873 del C. C., al hablar de comprador que haya entrado en posesión se refiere, tratándose de inmuebles a aquel a quien se haya transferido el dominio mediante la tradición, efectuada por el registro”. (Casación Civil. Marzo 24 de 1952. T. LXXI. Número 2112)460, 1ª y 2ª

- 219 -

REIVINDICACION (Para su prosperidad, no se requiere el certificado del registrador)

El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, no es sino un elemento probatorio complementario de los respectivos títulos sometidos a la solemnidad del registro, y la ley no exige su presentación sino en determinados juicios, de los cuales está excluido el de dominio o reivindicatorio. (Casación Civil. Abril 18 de 1952. T. LXXI. Número 2113)731, 2º

- 220 -

REIVINDICANTE (No pierde el carácter de actor en el juicio porque después de iniciado venda la cosa reivindicada)

El hecho de que el demandante en juicio reivindicatorio venda, después de propuesta la demanda, la cosa reivindicada a otra per-

sona, a quien se admite en el proceso como coadyuvante, ni determina el insuceso del pleito ni lo despoja de su interés como actor, entre otras razones por la cardinal de que como vendedor está obligado a entregar y a sanear la cosa vendida, y tales obligaciones no puede cumplirlas mientras aquella o parte de la misma estén poseídas por el demandado. (Casación Civil. Febrero 6 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 80, 2ª

- 221 -

REMATE (Pueden rematarse bienes de personas capaces)

Los artículos 484, 485 y 303 del Código Civil exigen la formalidad de la licencia judicial y el remate en pública subasta cuando hay interesados incapaces, pero no prohíben someter a este procedimiento la venta de bienes cuyos dueños sean individuos capaces. Modo de obrar que, además, es pertinente cuando no hay acuerdo entre los herederos para la disposición de los efectos destinados a la hijuela de gastos. (Casación Civil. Septiembre 19 de 1951. T. LXXI. Ns. 2110-2111) 17, 2ª

- 222 -

RENTA VITALICIA

Según se desprende de las disposiciones pertinentes del Código Civil son requisitos esenciales en la constitución de renta vitalicia, los siguientes: que el contrato se otorgue por escritura pública (art. 2292); que sea aleatorio y a título oneroso (art. 2287); que la pensión consista en dinero (art. 2290) y que haya precio para percibirla (arts. 2290 y 2291). (Casación Civil. Enero 28 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 43, 1ª

- 223 -

RENTA VITALICIA

El contrato de renta vitalicia, por disposición especial de la ley es nulo en el caso de que no llegue a perfeccionarse antes de que ocurra el fallecimiento de la persona de cuya existencia pende la duración de la renta. Si por falta de la tradición o entrega del inmueble antes de aquel suceso, el contrato no se perfecciona, el registro de la escritura que lo contenía, hecho con posterioridad a la muerte de esa persona, no puede tener la virtualidad de convalidar un acto que por ministerio de la ley había devenido nulo. (Casación Civil. Enero 28 de 1952. T. LXXI. Ns. 2110-2111) 43, 2ª y 44, 1ª

- 224 -

REPOSICION (Qué se entiende por puntos nuevos)

Resolver un punto nuevo no es simplemente dar una explicación o argumento de lo provisto, sino decidir alguna cosa opuesta o siquiera distinta a la resuelta con anterioridad. (Negocios Generales. Enero 22 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 239, 1ª

- 225 -

REPRESENTACION (Derecho de)

En armonía con el artículo 1043 del C. C., el derecho de representación no existe para el hijo natural de un hermano del causante. El artículo 22 de la Ley 45 de 1936 expresó que muerto un hijo natural, sin descendientes ni ascendientes, lo heredan sus hermanos, legítimos o naturales; pero con respecto al derecho de representación, quedó en pie lo expresado en el Código, en su artículo 1043, no modificado por aquella ley sobre filiación

natural, conforme al cual no hay lugar a representación sino en los casos de descendencia legítima. (Casación Civil. Abril 3 de 1952. T. LXXI. Número 2113) 714, 1ª

- 226 -

REPRESENTACION JUDICIAL (De quien ha fallecido)

Si de personas naturales se trata, la primera condición para que puedan ser sujetos procesales es que estén vivas, esto es, que tengan existencia real y verdadera.

Mas no sólo las personas morales o jurídicas existen de modo figurado, sino que las personas naturales se consideran existentes y con facultad de reclamar sus derechos POST MORTEM, representadas en su patrimonio y en sus causahabientes. A ello provee la ley, por ejemplo, en lo atañadero a las sucesiones, así como también en lo que se refiere al contrato de mandato, en que no sólo autoriza, sino que ordena, a quien ha iniciado alguna gestión en nombre de quien ha fallecido, el continuarla, cuando de no hacerlo así se sigan perjuicios para los herederos (artículo 2194 del C. C.). (Negocios Generales. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 624, 1ª

- 227 -

RESCISION (Cuándo procede por lesión enorme)

Los contratos onerosos son aquellos que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio de otro (artículo 1497 del C. C.). Ejemplo: la compraventa, el arrendamiento, etc. Tales contratos se subdividen en CONMUTATIVOS y ALEATORIOS. Los primeros son aquellos en que cada una de las partes se obliga a dar o hacer alguna cosa, que se mira como equivalente de lo que la otra parte

debe dar o hacer a su vez. En los segundos, ese equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (artículo 1498 del C. C.).

En los contratos conmutativos, la extensión de las prestaciones que se deben las partes es inmediata y cierta. En los aleatorios, por el contrario, la prestación debida por una de ellas, depende de un acontecimiento incierto, que hace imposible dicha evaluación mientras el acontecimiento no se realice. (Planiol, Tomo 2º, número 954).

Ahora bien: la LESION es el perjuicio que una parte experimenta cuando en un contrato conmutativo recibe de la otra un valor inferior al de la prestación que suministra.

El perjuicio nace, pues, de la desigualdad de los valores de las prestaciones de uno y otro contratante. La lesión, cuando reviste caracteres graves, es denominada ENORME y reclama una sanción en bien de la equidad, que conforme a la etimología de la palabra, consiste en la igualdad de trato. La ley ha considerado necesario proteger, en caso de lesión enorme, a los perjudicados, en contra de los que fueron más hábiles en sus estipulaciones (artículos 1946 y 1947 del C. C.).

La rescisión de la venta por causa de lesión enorme no tiene lugar en las compraventas aleatorias, o sea en las que se presentan en forma de probabilidades de ganancias o pérdidas, en razón de la incertidumbre que existiría, sea sobre el valor de la cosa materia del contrato, sea sobre el monto del precio. Así, la acción rescisoria no cabría cuando el contrato apareciera celebrado en condiciones que hacen aleatoria la venta, verbi gracia, de un usufructo vitalicio, de una nuda propiedad sujeta a la consolidación con el usufructo que radica en la cabeza de un tercero, casos en los cuales no es dable controvertir el justo precio de la cosa vendida.

Los expositores concuerdan al considerar

que el riesgo o contingencia puede correrse por ambas partes o por una de ellas, y como se presume que en la mayoría de los casos, quien efectúa una operación de compraventa, tiene en mira un lucro, la ventaja que ha de derivar del negocio, cuando esa ventaja depende de un acontecimiento incierto, como sería la muerte, en el caso del usufructuario, para que se consolide la propiedad, el contrato es aleatorio, porque la ganancia o ventaja depende del mayor o menor tiempo que el usufructuario viva; el riesgo es elemento indispensable de la convención, y no se concibe un contrato aleatorio sin que uno u otro de los contratantes tome a su cargo riesgos y peligros.

Según lo ha expuesto la Corte, en la rescisión por causa de lesión, el único factor que es materia de disputa y que viene a ser esencial en la litis y en el fallo de la controversia, es si efectivamente la cosa fué vendida por un precio írrito que ha venido a irrogar un perjuicio manifiesto en el patrimonio del contrayente que lo haya padecido. Por este aspecto, lo que viene a ser conducente en el debate judicial y lo que constituye en esencia la cosa subjudice, es la debida confrontación y examen del precio de la venta y del justo valor de la cosa vendida en la fecha de la convención, para de esa manera deducir judicialmente si en efecto, entre esos dos precios o elementos de estimación existe una diferencia substancial, que ésta se eleve a la mitad del justo precio de la cosa, o más del doble del precio estipulado. (Véase Casación de 24 de agosto de 1938, G. J., números 1943, pág. 489).

No puede, pues, tenerse en cuenta si los títulos son defectuosos, en el momento de la venta, con respecto al inmueble materia de la enajenación. Tales inconvenientes pueden dar lugar a otra clase de acciones. En la de rescisión por lesión enorme, no juega la debida comprobación del derecho de dominio que tenga el vendedor sobre el inmueble que

fué materia de la convención, a menos que el negocio realizado fuera el evento incierto de una litis en la cual estuviera envuelta la propiedad inmueble que se adquiere, circunstancia que, necesariamente, ha de aparecer de los términos del contrato. (V. G. J., Tomo 47, pág. 489). (Casación Civil. Marzo 22 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 450, 2ª y 451, 1ª y 2ª

- 228 -

RETENCION (Derecho de)

El derecho de retención que consagra el artículo 970 del C. C. es, como lo ha sentado la jurisprudencia, un derecho de oficioso reconocimiento, como lo es también todo lo relacionado con las prestaciones mutuas. (Casación Civil. Febrero 6 de 1952. T. LXXI. Ns. 2110-2111) 82, 2ª y 83, 1ª

- 229 -

REVISION (Recurso de)

En relación con la causal tercera, en la demanda no se enuncia ni se alega que el sentenciado hubiera sido condenado con base en alguna prueba falsa y que ella hubiera determinado esa condena. En esas condiciones, hay ausencia total de razones o motivos que den fundamento para que la Corte entre a estudiar a fondo esa causal, y como, de otro lado, no se puede proceder de manera oficiosa, dado que el recurso de revisión no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario, establecido por la ley para garantizar la inocencia de las personas injustamente sentenciadas, acreditando que éstas no cometieron el hecho imputado y sancionado por el estatuto punitivo, lógicamente se concluye que la mencionada causal es absolutamente inoperante. (Casación Penal. Febrero 15 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) . . . 199, 2ª y 200, 1ª

- 230 -

REVISION (Recurso de)

El recurso extraordinario de revisión está establecido en favor del injustamente condenado. De ahí que en el incidente sólo se discute si la persona que está sufriendo una pena fué condenada con base en un hecho o pruebas que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas. El recurso no tiene por finalidad la de corregir el error en que hubiere incurrido el fallador sobre la cantidad o calidad de la pena impuesta, sino sobre una o más de estas circunstancias: a) que el procesado ha sido condenado por un delito que no pudo ser cometido sino por un solo individuo y por el cual ya se condenó a otro; b) que se le ha condenado por un delito inexistente; c) que la prueba que sirvió para condenar es falsa; d) que esa prueba fué obtenida por medios no autorizados por la ley; y e) que después de la sentencia aparecieron hechos nuevos, o pruebas no conocidas al tiempo de los debates, conforme a las cuales resulta la inocencia del acusado, o que constituyen siquiera indicios graves de tal inocencia. De tal suerte que la apreciación de los elementos probatorios, referentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que influyen en la determinación de la pena, son factores que deben estimarse en las instancias del juicio, y no en este recurso de revisión, porque esta medida no es una tercera instancia y sólo es aplicable para los casos taxativamente enumerados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo mismo que la revisión tutela la inocencia del condenado, es un recurso propio de éste y también del Ministerio Público, que obra en interés de la ley y de la sociedad, de donde se sigue que la víctima del delito o sus herederos (parte civil) son extraños a este

6—Gaceta

recurso, puesto que esas personas sólo tienen dentro del proceso penal un interés jurídico limitado a asegurar el resarcimiento del daño causado por la infracción, para lo cual pueden pedir las pruebas atinentes a la existencia del delito y a la responsabilidad de su autor, o sea, a establecer, precisamente, algo distinto a la inocencia del condenado, que es la finalidad de la revisión. (Casación Penal. Febrero 23 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) 224, 1ª y 2ª

- 231 -

RIÑA (No está excluida por el homicidio ultraintencional)

El homicidio ultraintencional no excluye la riña imprevista, sencillamente porque ésta es sólo una forma circunstancial de cometer homicidio o lesiones, y no un delito independiente o PER SE. La riña es cruce de golpes o violencias, en que los combatientes actúan con la intención mutua de inferirse daño. Y ese propósito puede radicar en la representación y la voluntad de causar un simple daño en el cuerpo o en la salud (lesiones personales), o en el ánimo de matar al adversario (homicidio). Por ese motivo, la ultraintención es conciliable con la riña. (Casación Penal. Marzo 7 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 530, 1ª y 2ª

— S —

- 232 -

SANCION PRESIDENCIAL (Su naturaleza y alcance según la Constitución Nacional)

Parece obvio que cuando el Presidente de la República pone su firma al pie de una ley que ha sido aprobada por el Congreso, firma a que preceden las consabidas palabras de PUBLIQUESE Y EJECUTESE, realmente lo que hace es expresar su voluntad para que aquel proyecto, aprobado por el Congreso,

sea una ley de la República. La Constitución, pues, ha querido, valiéndose de aquella fórmula sencilla y tradicional, indicarle al Presidente el medio apropiado de expresar su voluntad para que el proyecto aprobado por el Congreso se convierta en ley de la República. A estas ideas responden no solamente textos anteriores a la Constitución de 1886, sino de los mismos contenidos en tal Estatuto. Respecto de los primeros ya se ha mencionado el artículo 7º del C. C. sancionado el 26 de mayo de 1873, bajo el imperio de la llamada Constitución de Rionegro: "LA SANCIÓN CONSTITUCIONAL que el poder ejecutivo de la Unión dá a los proyectos acordados por el Congreso, PARA ELEVARLOS A LA CATEGORIA DE LEYES, es cosa distinta de la sanción legal de que habla el artículo anterior".

No pretende la Corte derivar de una definición legal, consignada en un texto anterior a la Constitución vigente, un criterio de hermenéutica, para fijar el alcance de los textos constitucionales.

En cambio, sí se permite hacer mérito de la letra y del espíritu que informa la primera parte del art. 81, en que la enmienda constitucional de 1945 respetó la tradición que había recogido en fórmulas inobjetables la Constitución de 1886. Se trata de la manera como el citado art. 81, en su encabezamiento dice tan enfáticamente: "Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:....3º. Haber obtenido la sanción del Gobierno".

De aquí es fácil deducir, como cuestión inobjetable, EX JURE CONDITO, que la sanción del Gobierno es un requisito o elemento esencial para que la ley cobre existencia. Que no pasarán de ser meros postulados de teoría inaceptable aquellos que defienden que la sanción ejecutiva no es elemento esencial de la ley.

Si la voluntad del jefe del Estado es, por tanto, indispensable para que la ley nazca, y esa voluntad puede expresarse mediante

una fórmula tan simple como es la de PUBLIQUESE Y EJECUTESE, resulta poco más que forzado ver en esta expresión simple de la voluntad del jefe del Estado la complicada elaboración de un juicio como aquel de que hablan los autores ya citados, Laband y Carré de Malberg, artificiosamente imaginado para explicar la intervención del Presidente de Francia en la promulgación de las leyes para cuya formación tiene un papel completamente destenido si se compara con la sanción del derecho colombiano. (Sala Plena. Julio 28 de 1952. T. LXXI. N° 2113) ...
682, 1ª y 2ª

- 233 -

SECRETARIO (Su firma no es esencial a la existencia jurídica del acto)

En materia de competencia, los expositores siempre han distinguido la competencia absoluta, que se determina por razón de la materia y por razón del grado, de la relativa o simple competencia, que define el artículo 143 del C. J. como "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". Competencia absoluta la tienen, pues, todos los Tribunales con jurisdicción para conocer de un negocio; así todos los juzgados civiles del Circuito son competentes para conocer de los juicios de mayor cuantía. Pero no todos, sino los de Bogotá, por ejemplo, pueden conocer del que se siga contra el domiciliario de esta ciudad; ésta es la competencia relativa. "Tiene importancia esta distinción —dice Fábrega y Cortés—, porque en materia civil puede prorrogarse la jurisdicción a los Tribunales que tengan competencia absoluta para conocer del negocio; la voluntad de las partes puede confiar un negocio que corresponda a un Tribunal o a otro Tribunal de igual grado, pero no podría traspasar los

límites de la competencia absoluta, no podría confiar a un Tribunal el conocimiento de un negocio que excediera de sus facultades por razón de la materia o del grado; por ésto conviene recordar la distinción fundamental entre competencia absoluta y relativa" (Leciones de Procedimientos Judiciales, págs. 256^o y 257).

Dentro de estos conceptos, el ejercicio de la facultad jurisdiccional se halla naturalmente subordinado, en cada caso, a la observancia de las fórmulas de ordenamiento procesal establecidas, como garantía del derecho que las partes controvierten en el juicio; por lo cual su transgresión o inobservancia lógicamente afecta la validez de la actuación que en tales circunstancias se adelanta, hasta cuando las partes, expresa o tácitamente, la ratifiquen.

Ahora bien. La facultad de decisión en que se traduce la competencia, es función privativa del Juez a quien la ley se la atribuye, y no conjunta con las del secretario. Por lo tanto, la firma con que este funcionario está llamado a autorizar las providencias de aquél, según lo prevenido por el artículo 121 del C. J., no puede constituir, como equivocadamente ha solido entenderse, una formalidad esencial a la existencia jurídica del acto, susceptible como tal de afectar los límites de la competencia absoluta; representa apenas un requisito de autenticación o de forma respecto del acto jurisdiccional ejercido por el Juez, y cuya falta puede ser suplida mediante la aceptación expresa o tácita de las partes en cuyo interés se estableció, cuando a través de la notificación válidamente hecha lo consienten, o dejan vencer el término de la ejecutoria sin presentar reclamo alguno contra él; a la manera que pueden hacerlo en los contratos, para modificar consecuencias que sin ser de su esencia, sí están en la naturaleza de la estipulación.

Luego, si en el caso de que aquí se trata, el Tribunal Superior de Bogotá gozaba de la

atribución legal para conocer y pronunciarse en segunda instancia sobre el juicio que en primera había sido calificado por el Juzgado Segundo Civil de este mismo Circuito, resulta entonces que al notificarse regularmente a las partes el auto que, sin la firma del Secretario, concedió la apelación propuesta contra la sentencia de primer grado y dejado luego vencer el término de la ejecutoria sin reclamo alguno, ese defecto, de naturaleza puramente formal, quedó virtualmente allanado (art. 449, ord. 1^o del C. J.), y el Tribunal en capacidad legal de adelantar y decidir válidamente la segunda instancia.

Estos los términos en que la Corte, en Sala conjunta de Casación Civil, modifica los términos de su anterior doctrina sobre la materia. (Casación Civil. Enero 30 de 1952. T. LXXI. Ns. 2110-2111) . . 58, 1^a y 2^a y 59, 1^a

- 234 -

SEPARACION DE BIENES (La simple separación es imposible en caso de declaración de nulidad del matrimonio)

La simple separación de bienes, que se efectúa sin divorcio, presupone la subsistencia del matrimonio, de tal manera que a virtud de ella no terminan, no se suspenden siquiera, las obligaciones y derechos que, en cuanto a las personas, son inherentes al estado de matrimonio. La separación sólo mira a las relaciones patrimoniales entre los consortes, las cuales quedan sujetas, en sus efectos y aún respecto de la capacidad de la mujer, a la reglamentación que la ley establece en el estado de separación.

De donde se infiere rectamente que cuando el matrimonio es absolutamente nulo y así se declara por el juez, aunque la declaración sólo se haga INTER PARTES, la acción de simple separación es jurídicamente imposible, porque con la anulación se extingue el vínculo matrimonial y sólo quedan vivos

aquellos efectos del matrimonio que la ley señala expresamente. (Casación Civil. Marzo 7 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ... 364, 2ª y 365, 1ª

- 235 -

SERVIDUMBRES

Los derechos que se originan en las disposiciones del Título 11 —Libro, 2º— del Código Civil son susceptibles de conflictos entre sus titulares: los dueños de los predios sujetos a las relaciones jurídicas que se desprenden de la constitución del gravamen real de servidumbre, ya activa o pasivamente, que la ley protege otorgándole acciones especiales al titular afectado con el rompimiento o el cambio de la situación existente. Acontece con mucha frecuencia que uno de los propietarios pretende que su predio tiene activamente la imposición de determinadas servidumbres sobre otro, cuyo dueño se opone a ellas y le impide o estorba en esa imposición; entonces, la ley, para imponer o para que se reconozca la legitimidad de la servidumbre y se permita su ejercicio, confiere la acción “confesoria” en beneficio del predio dominante. Cuando el dueño del predio sirviente, que ha estado sufriendo el gravamen quiere liberarlo de él, existe la acción “negatoria”, para extinguir la servidumbre. Y cuando los propietarios están conformes, en principio, sobre la existencia y legitimidad del derecho de servidumbre de que se trata, pero discrepan en cuanto su extensión, forma o modalidad de ejercerlo, o se considera necesario y conveniente variarlo, este derecho está protegido por la acción especial que se da a los dueños de uno u otro predio, dominante o sirviente, para que judicialmente se fije con precisión aquel modo o forma de ejercer legalmente el derecho real de servidumbre, o para que se varíe o cambie, teniendo en cuenta no sólo los factores materiales, sino los

económicos que determinaron su constitución.

El ejercicio de cada una de estas acciones tiene señalado expresamente en el Código Judicial vigente —Ley 105 de 1931— un procedimiento especial, inclusive la consecuen- cial para la fijación de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículos 872 y ss.). En el Código anterior derogado debía acudir-se a la vía ordinaria.

El procedimiento en los juicios ordinarios, según el art. 734 del Código Judicial, “es el que se sigue para ventilar y decidir cual- quiera controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario”. (Casación Civil. Octubre 2 de 1951. T. LXXI. Número 2113) 698, 1ª y 2ª

- 236 -

SERVIDUMBRES (Cuáles acciones relacio- nadas con éstas deben ejercerse por el trá- mite especial)

Tratándose en el caso de autos de una de- manda que tiene como objetivo principal el de conseguir el reconocimiento de una ser- vidumbre activa de tránsito y que no se le impida al demandante su uso y goce, con los efectos que estos actos implican, debe tra- mitarse como juicio ordinario, pues el Tí- tulo XXVII —artículos 872 y ss. del C. J.— sólo se refiere a las acciones tendientes a impo- ner, variar o extinguir las servidumbres y a fijar el monto de las indemnizaciones que se deban o a que haya lugar. (Casación Civil. Marzo 7 de 1952. T. LXXI. N° 2113) .. 703, 1ª

- 237 -

SERVIDUMBRES (Acciones que se originan en ellas)

Las servidumbres, que son una limitación

del dominio (art. 793 numeral 3°, del C. C.), son un gravamen impuesto a un predio, a favor de otro de distinto dueño (arts. 879 y siguientes ibidem), son naturales, legales y voluntarias. Una servidumbre es, pues, una carga impuesta sobre una heredad para el uso y provecho de otra heredad, perteneciendo cada inmueble a diversa persona. Esto indica de modo claro, que la servidumbre no es aplicable más que a los bienes raíces, y que su existencia requiere inmuebles distintos, pertenecientes también a dueños distintos.

Estas limitaciones del derecho de dominio originan a veces conflictos, dificultades o controversias entre los interesados; ya porque uno de ellos pretenda que su predio goza o deba gozar de determinada servidumbre sobre otro cuyo dueño se opone a dicha pretensión y la impide o estorba; ya porque el propietario del predio sirviente quiere librase de ella; ya porque estando conformes los dos en la existencia y la legitimidad, en principio, de la servidumbre de que se trata, hay desacuerdo en la extensión de la misma, modo o forma de ejercerla, etc.; o se considere necesario, o posible y sin inconveniente variarla, como por ejemplo, cambio de la zona afectada con motivo de una edificación.

En el primer caso, hay una acción llamada por la doctrina ACCION CONFESORIA, para imponer la servidumbre, o mejor dicho, para que se reconozca su legitimidad y se permita y asegure su ejercicio, en beneficio del predio dominante. En el segundo, el dueño del fundo sirviente tiene una acción denominada por la doctrina ACCION NEGATORIA, para extinguir, para terminar la servidumbre que está sufriendo, o mejor dicho, para que se declare que el predio no está obligado a soportar tal gravamen. En el tercer caso, cualquiera de los interesados por el predio dominante, o por el sirviente, tiene acción para que por la justicia se normalice con precisión el modo o forma apropiado le-

galmente de ejercerla, o para que se varíe o se cambie, si de eso se trata.

De estas acciones, al tenor de los artículos 872 a 876 del C. J., las dos primeras se ventilan por la vía especial señalada allí, y la segunda, la acción negatoria, por interpretación jurisprudencial, por la vía ordinaria.

El propietario que pretende que su inmueble se halle libre de servidumbre, es decir, quien para ello ejercite la acción negatoria correspondiente, para vencer le basta demostrar su derecho de propiedad; a su adversario le corresponde probar la existencia de esa servidumbre, dada o supuesta la presunción de exención de gravámenes en favor de todos los predios. (Casación Civil. Marzo 31 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 517, 1ª y 2ª

- 238 -

SERVIDUMBRES

Cuando los propietarios de los predios sirviente y dominante están conformes, en principio, sobre la existencia y legitimidad del derecho de servidumbre de que se trata, pero discrepan en cuanto a su extensión, forma o modalidad de ejercerlo, o se considera necesario y conveniente variarlo, este derecho está protegido por la acción especial que se dá a los dueños de uno y otro predio, dominante o sirviente, para que judicialmente se fije con precisión aquel modo o forma de ejercer legalmente el derecho real de servidumbre, o para que se varíe o cambie, teniendo en cuenta no sólo los factores materiales, sino también los económicos que determinaron su constitución.

El ejercicio de cada una de estas acciones tiene señalado expresamente en el Código Judicial vigente (Ley 105 de 1931) un procedimiento especial, inclusive la consecuencial para la fijación de las indemnizaciones a que hubiere lugar. (Casación Civil. Abril 18 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 735, 1ª

- 239 -

SERVIDUMBRE (Renuncia de derechos del dueño del predio dominante en caso de servidumbre voluntaria de tránsito)

Cuando se trata de una servidumbre de tránsito voluntaria, los derechos del propietario del predio dominante se regulan por lo previsto en el mismo título constitutivo, y a falta de esta previsión, por las reglas atinentes a las servidumbres en general. En estas condiciones, su renuncia debe ser expresa, para darlos por terminados, por tratarse de un derecho real importante que requiere el acto voluntario y solemne. Tal ha sido el criterio seguido por los doctrinantes colombianos, inspirados en el de los franceses, y por la jurisprudencia nacional. (Casación Civil. Abril 18 de 1952. T. LXXI. Nº 2113) ..731, 2ª

- 240 -

SERVIDUMBRES LEGALES (No les es aplicable el art. 9º de la Ley 95 de 1890)

La doctrina del art. 9º de la Ley 95 de 1890 la entiende la Corte en reiterados fallos, en el sentido de que al referirse la disposición a las servidumbres discontinuas de todas clases y a las continuas inaparentes, no comprende o se aplica sino a las servidumbres voluntarias, y no a las que tengan el carácter de legales, por ser estas últimas el resultado de una imposición de la ley hasta el punto de ser consideradas por la misma doctrina más bien como restricciones creadas por la ley a los derechos y a la libertad de los propietarios, en provecho de los fundos vecinos.

A contrario sensu, si la servidumbre de tránsito es voluntaria y su constitución depende de un título, tiene todo su imperio el art. 9º de la Ley 95 de 1890. (Casación Civil. Abril 18 de 1952. T. LXXI. Nº 2113) ..734, 1ª

- 241 -

SERVIDUMBRE DE TRANSITO

El derecho de servidumbre en abstracto, indudablemente nace del título en las voluntarias, pero la servidumbre en concreto, su ejercicio, no depende sino del hecho de que se produzcan las condiciones determinadas en el convenio; su establecimiento está subordinado a la realización de ciertas situaciones que lo concreten, como son: el señalamiento de la zona afectada, la vía por donde debe hacerse el tránsito, su extensión, etc.; situaciones que en caso de que los contratantes no prevean en el convenio, o posteriormente no las acuerden, corresponde al Juez hacerlo, con el auxilio de peritos, según reza el artículo 906 del Código Civil.

Sin la especificación, o determinación del derecho a una servidumbre de tránsito, por los contratantes, si hay acuerdo, o por el Juez, si no lo hay, antes de que el dueño del predio dominante ejerza el derecho que le otorga el contrato, "falta una relación definida e invariable entre el predio o los predios que soportan el gravamen, y el dominante o dominantes en cuya utilidad se impone la carga. Si los fundos no están relacionados entre sí, se carece de algo esencial para la existencia en la práctica de la servidumbre. De aquí que el C. J. haya consagrado en el Título XXVII, arts. 872 y sigts., en relación con los 863, 865 y 866 del mismo estatuto, un procedimiento especial y breve, que debe seguirse para la imposición de una servidumbre o sobre el modo de ejercerla, y que la sentencia dictada en esta clase de juicios sea revisable por la vía ordinaria. (Casación Civil. Abril 18 de 1952. T. LXXI. Número 2113)733, 1ª y 2ª

- 242 -

SERVIDUMBRE DE TRANSITO (La no determinada resulta inaparente y discontinua)

La servidumbre de tránsito, cuando no está determinada, resulta inaparente y discontinua, y por tanto, es inaplicable el artículo 938 del Código Civil, pues, según éste, se requiere la calidad de aparente y continua, para que pueda constituirse por destinación anterior, según doctrina de la Corte (Casación de noviembre de 1903, T. XVI). (Casación Civil. Abril 18 de 1952. T. LXXI. Número 2113)734, 2ª

- 243 -

SIMULACION

La simulación absoluta tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico de mera apariencia, sin ninguna realidad, porque simultáneamente con él se celebra un acto oculto, una contra-estipulación válida, por medio de la cual se destruyen totalmente los efectos del acto ostensible. La simulación no es PER SE motivo de nulidad.

La simulación relativa consiste en alterar parcialmente las estipulaciones o en encubrir los efectos jurídicos de un acto real que las partes han querido celebrar, con otro realizado sólo en apariencia. El acto oculto cambia la naturaleza jurídica del aparente, pero no destruye sus efectos; v. gr. si el ostensible es una compraventa y el oculto una donación, éste modifica la naturaleza del primero, pero no destruye sus efectos, porque la transferencia del dominio, que es el fin realmente buscado, queda en pie. Tratándose de la simulación relativa, la acción legal correspondiente no tiene el fin de obtener la declaración de nulidad del acto aparente, sino la prevalencia del oculto, para que una vez descubierto se declare su validez o su ineficacia,

con aplicación de las reglas generales pertinentes. Tanto en la simulación relativa, como en la absoluta, el acto aparente carece de valor, no porque se halle viciado de nulidad, sino porque así lo han acordado las partes secretamente. Otra cosa es que el acto secreto llegue a ser inválido por tener un vicio esencial de forma o de fondo.

Una vez que el demandante demuestre el carácter ficticio del contrato aparente, la declaración de simulación de éste es imperativa. Entonces, si el mismo demandante ha alegado la existencia de pacto secreto que deje vigentes los efectos esenciales del acto ostensible, o el demandado lleva al juicio la prueba de tal contraestipulación, se estaría en presencia de una simulación relativa, que obligaría al juzgador a pronunciarse sobre tal contrato secreto, examinando entonces su licitud o ilicitud, conforme a los pedimentos de las partes, o de oficio, en el caso de encontrar en forma manifiesta una nulidad absoluta en el mismo acto o contrato.

Pero si el demandante no ha pedido que se haga valer el contrato oculto, ni el demandado ha demostrado su existencia, la simple prueba de simulación del contrato aparente deja a aquél sin efecto alguno, ya que ni siquiera es el caso de entrar a considerar la existencia de un hipotético pacto secreto con el cual pueda configurarse la simulación relativa. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111) ..
143, 2ª y 144, 1ª

- 244 -

SIMULACION (Sus diferencias con la nulidad)

La jurisprudencia de la Corte, hace bastantes años, rectificó la confusión existente al identificar las acciones de simulación y de nulidad o inexistencia, para dejar como algo

perfectamente claro que se trata de nociones distintas, con su propio y definido sentido jurídico. El contrato simulado no es necesariamente nulo; por el contrario, cuando simplemente se trata de disimular una declaración de voluntad sin que existan objeto ni causa ilícitos, el contrato aparente no es nulo. La nulidad puede aparecer como consecuencia de vicios del consentimiento o de objeto o causa ilícitos o de falta de solemnidades de ley, exactamente como para cualquier otra clase de contratos, e igualmente, el contrato oculto no es inexistente, porque ha habido voluntad de celebrarlo y con él se producen los efectos que las partes han querido producir. El contrato ostensible existe, y por eso precisamente es necesario que se declare su simulación a fin de que desaparezcan los efectos que aparentemente está produciendo y se restituya la verdad jurídica entre las partes o respecto de terceros. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) 145, 1ª y 2ª

- 245 -

SIMULACION (Cuando la acción es ejercida por el acreedor del simulante)

Si un deudor ejecuta un acto simulado y el acreedor que tenía tal carácter en ese momento demanda la simulación, aquél debe demostrar que en su patrimonio existen bienes suficientes para pagar la deuda, con el fin de desvirtuar la acción incoada. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111) 146, 2ª

- 246 -

SIMULACION

Contra los terceros adquirentes no hay acción de uno de los contratantes que pretenda alterar lo dicho en el instrumento público con base en un convenio oculto desconoci-

do para ellos, y mucho menos con fundamento en pruebas distintas. (Casación Civil. Marzo 25 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 472, 1ª

- 247 -

SIMULACION (Prueba entre las partes)

La jurisprudencia ha sido constante en el sentido de que entre las partes, para desvirtuar lo dicho en la escritura pública, se requiere presentar como prueba en contrario otro escrito emanado de ellas mismas, de acuerdo con los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y del segundo aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887. (Casación Civil. Marzo 25 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 472, 2ª

- 248 -

SOCIEDAD

Como lo tiene definido invariablemente la jurisprudencia, el sentido del artículo 2081 del C. C., según el cual "no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común", se refiere, no a la efectividad o pago del aporte, cuyo incumplimiento origina otras consecuencias (artículos 2109 y 2127 ibidem), sino al hecho de la estipulación por la cual cada uno de los socios se obligue a llevar alguna cosa al fondo de la sociedad, "ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero". (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. Número 2112) 343, 1ª

- 249 -

SOCIEDAD (Su disolución judicial)

Si para una disolución voluntaria se exige (art. 2133 del C. C.) el acuerdo de todos los socios, no habría razón para que se pudiera disolver judicialmente una sociedad, sin au-

diencia de todos los socios. (Casación Civil: Abril 28 de 1952. T. LXXI. N° 2113) ...

765, 2ª

- 250 -

SOCIEDAD CIVIL (Requisitos de la)

De acuerdo con el artículo 2079 del C. C., "La SOCIEDAD o COMPAÑIA es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital y otros efectos en común con el objeto de repartirse entre sí las pérdidas o ganancias que resulten de la especulación. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". De esta suerte, resulta que, por definición, los requisitos esenciales a la formación del contrato de sociedad civil se reducen: al aporte de dos o más personas; fondo común constituido con dicho aporte; objeto o fin de especulación, distribución de ganancias y de pérdidas, y voluntad de asociación. Respecto de las compañías comerciales son necesarias además otras formalidades, ya intrínsecas del contrato, como las prevenidas en el artículo 467 del C. de Comercio, ya también extrínsecas o de forma, como el otorgamiento de escritura pública debidamente registrada, y entrega, registro y publicación oportuna de los extractos, de que tratan los artículos 467, 470 y 472 del mismo Código.

En consecuencia, el nombre o firma social, que por la naturaleza y fines del contrato es requerido en la organización de las sociedades mercantiles, constituye apenas un medio de conveniente identificación para las civiles, y, como para las personas físicas, no es esencial el reconocimiento de su personalidad jurídica. Tales sociedades, pues, tienen existencia ante el Derecho desde que, supuestas las condiciones generales de capacidad, consentimiento, causa y objeto lícitos, que son comunes a toda clase de contratos, concurren en su formación los especi-

ficos de que trata el artículo 2079 del C. C. antes transcrito, independientemente de la forma verbal o escrita como se haya pactado la estipulación. Sólo en el caso de que por falta de una de tales condiciones el contrato "no pueda subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno", se tendrá como formada una sociedad de hecho, y "cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado". (Artículo 2083 del C. C.). (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. Número 2112)342, 1ª y 2ª

- 251 -

SOCIEDAD COLECTIVA CIVIL (Registro de la escritura pública en que se haga constar su constitución)

El perfeccionamiento del contrato de sociedad colectiva civil, no requiere la solemnidad de escritura pública que es indispensable a la organización de sociedades mercantiles (artículo 465 del C. de Co.). Por esto, la escritura en que, no obstante, se haga constar la formalización de una de aquellas sociedades, apenas si necesita del registro que en general exige la ley para "todo documento que se otorgue o que se protocolice ante Notario" (artículo 2652, ordinal 10º del C. C.), a efecto de que pueda ser tenido como prueba, según lo prevenido por el artículo 2673 del mismo Código. Luego registrada la escritura social en el Libro N° 2º de la respectiva oficina, como corresponde a esa clase de contratos (artículo 2641 ibidem), dicho instrumento es prueba legal de su organización, y como tal debe ser reconocido.

Otra cosa es que por haberse convenido en él un aporte de inmuebles, el contrato específico de enajenación de este patrimonio a la sociedad, que conlleva el instrumento, haga también indispensable su registro en el Libro número 1º. Entonces, las solem-

nidades de que debe rodeársele, no dicen relación alguna con la eficacia o validez del acuerdo social, sino con las de la tradición misma del dominio en que se traduce el aporte; por lo cual, su inobservancia, si susceptible de afectar la efectividad de este último, nada tiene que hacer con el perfeccionamiento mismo del contrato de sociedad, que es, por su naturaleza, consensual, y que jurídicamente se conforma desde que con los requisitos de capacidad, consentimiento, objeto y causa que son comunes a todos los contratos, concurren los específicos de aquél, o sea, el aporte particular de cada socio, propósito de lucro, participación de utilidades y de pérdidas y voluntad de asociación.

En virtud del acuerdo en que se observan tales formalidades, la sociedad nace a la vida del derecho, y los socios adquieren por consiguiente para con ella las obligaciones derivadas de las cláusulas de su organización, entre las cuales se halla desde luego la de verificar el aporte prometido; en términos de que "si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros socios tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta" (artículo 2127 del C. C.); y de que si "aún por culpa leve ha retardado la entrega de lo que toca poner en común", resarza a la sociedad de los perjuicios que le haya ocasionado con el retardo (artículo 2109 ibidem). De todo lo cual se deduce, que al estipularse los aportes con que cada socio debe concurrir a la formación del fondo común, la sociedad adquiere cuando menos los créditos en que aquella obligación se traduce, cumpliéndose con ello la previsión contenida en el artículo 2081 del C. C., y según el cual "no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero"; de otra suerte sería absurdo hablar del derecho de

la sociedad a ser indemnizada por el retardo y el de los socios a darla por disuelta por el no pago del aporte, cuando dentro de la hipótesis contraria, dicha entidad no habría podido alcanzar para entonces existencia jurídica. (Casación Civil. Febrero 5 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)76, 1ª y 2ª

- 252 -

SOCIEDAD CONYUGAL (Alcance de la liquidación provisional autorizada por el art. 7º de la Ley 28 de 1932)

La recta interpretación del artículo 7º de la Ley 28 de 1932 lleva a concluir que la facultad de liquidar provisionalmente las sociedades preexistentes a la vigencia de esa ley, se refiere exclusivamente a la distribución de bienes sociales de los cónyuges y de gananciales existentes en el mismo momento de entrar en vigor. Porque el artículo 1º de la Ley es terminante cuando dispone que los bienes que se adquieran a partir de tal momento, se someten al régimen de administración y disposición consagrado por el nuevo estatuto; es decir, que cada cónyuge administra y dispone libremente de estos bienes. La liquidación provisional tiene por objeto permitir que cada cónyuge reciba su parte para sobre ella ejercer las facultades independientes que le otorga el artículo 1º de la Ley, luego mal puede aplicarse a bienes que por mandato de la misma ley, necesariamente están sujetos al régimen de dicho artículo. Tal liquidación sería innecesaria y redundante, y en el fondo significaría la pretensión de producir por medio de un contrato efectos ya causados a virtud de mandato legal, en el caso de que la liquidación se limitara a distribuir los bienes propios de cada cónyuge; y si con tal contrato se pretendiese transferirle a uno de los cónyuges bienes adquiridos por el otro a título oneroso, como tales bienes no están sujetos al régimen de

sociedad conyugal anterior, desde luego que pertenecen al cónyuge adquirente, en la práctica se estaría realizando una operación completamente distinta a la prevista y autorizada en el artículo 7º de la Ley.

El legislador de 1932 no pretendió autorizar la distribución de posibles ganancias respecto de bienes adquiridos con posterioridad, sino apenas facilitar la manera de ponerle término a la situación jurídica que el régimen anterior establecía para los bienes adquiridos bajo su vigencia. (Casación Civil. Marzo 18 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ... 437, 1ª y 2ª

- 253 -

SOCIEDADES DE HECHO

Según lo tiene repetido la Jurisprudencia, las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así: Primera. Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales. Segunda. Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resulta de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.

• Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase —que los expositores llaman SOCIEDADES CREADAS DE HECHO— o por los hechos no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que ese elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por

medio de una presunción. (Casación Civil. Marzo 17 de 1952. T. LXXI. N° 2112) ... 425, 1ª

- 254 -

SOCIOS COMANDITARIOS

El precepto del artículo 2088 del Código Civil, según el cual “se prohíbe a los socios comanditarios incluir sus nombres en la firma o razón social...”, no puede entenderse como la exigencia de un requisito que, a la manera de los comprendidos en la definición, sea necesario para conformar la validez del pacto, sino como simple medida precautelativa en favor de los terceros que contratan con la sociedad, a efecto de que ellos conozcan exactamente el alcance de la responsabilidad de los socios en la sociedad, cuando espontáneamente hayan optado por darle una razón o firma para el desarrollo de sus operaciones. (Casación Civil. Marzo 6 de 1952. T. LXXI. N° 2112) 342, 2ª

- 255 -

SOCIOS INDUSTRIALES (Pueden existir en compañías de responsabilidad limitada)

Parece que la ley sobre compañías de responsabilidad limitada no consiente la presencia en ellas de socios industriales, porque no se armoniza ésto con la necesidad de hacer apreciación fija del aporte, a fin de responder con éste ante terceros; ni armoniza con la declaración que hay que hacer acerca de que los aportes han sido pagados; pero es la verdad que la misma ley dá margen a la introducción de socios industriales, pues dice en su artículo 6º: “El aporte de industrias no dá lugar más que a una participación en los beneficios sociales”. (Casación Civil. Abril 28 de 1952. T. LXXI. N° 2113) 766, 1ª

- 256 -

SUCESION (Prueba de que por este modo se adquirió el dominio de un inmueble)

La partición y sentencia aprobatoria en juicio de sucesión, constituyen un título sujeto al registro, pues sin esa formalidad no se operaría la tradición del dominio o usufructo o servidumbre, etc., sobre inmuebles que se hayan adjudicado a un heredero o legatario. Por consiguiente, para demostrar que el dominio de un inmueble pasó del causante al heredero o al legatario, o al cónyuge supérstite por razón de gananciales, etc., es indispensable llevar al juicio el título registrado, al tenor del artículo 2652 del Código Civil. Y esa prueba solemne no puede sustituirse con otra alguna, a no ser que se esté en el caso contemplado por el artículo 2675 del mismo Código, es decir, que se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado y que la copia legalizada no se halla en poder del interesado, ni de ella exista constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública. En este evento, dice el mismo artículo "se admitirá como prueba supletoria de dicho título la certificación que expide el Registrador acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el registro, relativamente a los contenidos en el título original perdido: esta certificación no la dará el Registrador sino por orden de autoridad competente". (Casación Civil. Marzo 20 de 1952. T. LXXI. Número 2112)445, 2ª

— T —

- 257 -

TERMINOS (Restitución de)

El Código de Procedimiento Judicial, en

su artículo 372, establece que cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, se puede pedir la restitución de él por el interesado, en aquellos casos en que el asunto no haya sido resuelto en forma definitiva.

Es, pues, la fuerza mayor o el caso fortuito, la única causa que puede dar lugar a la restitución de los términos judiciales, cuando se han extinguido y no se ha hecho uso de ellos oportunamente. Fuerza mayor o caso fortuito es la que por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de una obligación. (Diccionario Escriche).

Según el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, consistiendo esta irresistibilidad en que no haya sido posible impedir que el hecho suceda, colocando a quien tiene el deber de cumplir una obligación en imposibilidad de satisfacerla. (Casación Penal. Abril 18 de 1952. T. LXXI. N° 2113)799, 2ª y 800, 1ª

- 258 -

TESTIMONIO (Declaraciones extendidas en papel común)

No es motivo para dejar de considerar unas declaraciones el de que hayan sido extendidas en papel común que no fué revalidado, pues tal circunstancia no invalida esa actuación, como lo prevé el artículo 345 del C. J., sino que daría lugar, previo el lleno de las formalidades que en esos casos son requeridas, a la sanción de que habla el artículo 351 ibidem. (Casación Civil. Febrero 6 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)81, 1ª

- 259 -

TESTIMONIO (Es idóneo para comprobar si un predio está comprendido dentro de otro)

No es hecho que por su naturaleza exija

para su constatación de conocimientos especiales o científicos y que por tanto sólo pueda ser eficazmente establecido mediante examen pericial, el de si un predio determinado está comprendido dentro de otro de mayor extensión, pues el solo conocimiento que se adquiere por el sentido de la vista es suficiente en la generalidad de los casos para constatarlo. De allí que la prueba testifical, que de suyo es legalmente idónea para comprobar hechos que caigan normalmente bajo el dominio de los sentidos, sea jurídicamente admisible y apta para comprobar ese hecho. (Casación Civil. Febrero 6 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)82, 1ª

- 260 -

TESTIMONIO (Es idóneo para probar la falsedad de un documento privado)

La prueba testimonial sí es admisible para demostrar la falsedad de un documento privado, pues a este respecto es idóneo cualquier medio de prueba consagrado por la ley. La restricción sobre prueba de testigos que establecen los artículos 91 de la Ley 153 de 1887 y 703 del Código Judicial, es para casos y efectos distintos del aquí contemplado. (Casación Civil. Febrero 20 de 1952. T. LXXI. Números 2110-2111)88, 1ª

- 261 -

TESTIMONIO

Si es evidente que el testigo debe declarar siempre sobre hechos precisos, que caigan normalmente bajo el dominio de sus sentidos, también lo es que pueden ser materia de la propia y directa percepción del testigo los hechos indicativos del estado de ceguera de un enfermo, ya porque a simple vista observe que tiene un ojo de vidrio por haberle sido extraído el natural y sustituido por uno arti-

ficial, y por haber notado el otro blanqueado y enjuto; y al ejercer sus actividades tal persona, el testigo pudo comprobar que andaba a tientas y como lo hace una persona que carece del sentido de la vista; que necesitaba lazarillo para salir a la calle y, en fin, que en todos sus actos obraba como quien carece de la vista para orientarse y actuar. (Casación Civil. Febrero 29 de 1952. T. LXXI. N° 2110-2111)171, 1º

- 262 -

TESTIMONIO (Casación por errónea apreciación de testimonios contradictorios)

Según el artículo 702 del C. J., "cuando sobre un mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, el juez atendiendo a las condiciones de aquéllas y a la calidad, número, fama o ilustración de los testigos, deduce, conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones".

Es éste uno de los eventos en que el procedimiento deja al juzgador apreciar libremente el mérito de la prueba, para que, aplicando su propio criterio y los principios de la sana crítica, deduzca de las modalidades indicadas convicción de certeza o simples presunciones, o la conveniencia de prescindir en absoluto del medio probatorio.

Se comprende, sin mayor esfuerzo, que la apreciación que de la prueba haga en tal caso el sentenciador, debe ser respetada, desde luego que estaba en libertad de deducirla según su propio juicio, y para atacarla con buen éxito en casación, sería indispensable demostrar que aquél incurrió en error de hecho evidente, por no haber tenido en cuenta, por ejemplo, la calidad, número, fama o ilus-

tración de los testigos. (Casación Civil. Marzo 14 de 1952. T. LXXI. N° 2112) . . 414, 1ª y 2ª

- 263 -

TESTIMONIO (Limitaciones de esta prueba en materia civil)

La restricción de la prueba testimonial para "los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos", se refiere a los hechos jurídicos, o sea, a aquellos que por producirse con el concurso ajeno, son capaces por sí mismos de crear relaciones personales, o de modificar o extinguir las que ya existen; en contraposición a los simples hechos materiales de una persona y consecuencias jurídicas, y que, aun cuando susceptibles de producir consecuencias jurídicas, son del todo ajenos a la acción del tercero a quien afectan.

Así las cosas, no cabe entonces sostener que los actos por medio de los cuales ha de conformarse un contrato cualquiera, puedan nunca considerarse como simples hechos materiales a cuya comprobación resulta extraña por razón del valor, la restricción de la prueba testifical; como elementos constitutivos del contrato, tienen siempre la exacta condición de actos jurídicos, sujetos como tales a aquella limitación. (Casación Civil. Marzo 17 de 1952. T. LXXI. N° 2112) . . . 427, 2ª y 428, 1ª y 2ª

- 264 -

TRABAJOS PUBLICOS (Competencia para conocer de controversias por daños ocasionados con su realización)

En varios fallos, la Sala de Negocios Generales de la Corte ha seguido la doctrina de que la justicia ordinaria es competente para conocer de las cuestiones relacionadas con

la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o social, y ello no sólo cuando se ejercita la acción declarativa de dominio, sino también la de indemnización o pago de los terrenos ocupados de hecho por la Administración.

En efecto, el artículo 76 del Código Judicial le atribuye expresamente a los Tribunales Superiores, en primera instancia, el conocimiento "de los asuntos contenciosos en que sea parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado", entre las cuales están comprendidas las que se relacionan con la propiedad.

Y si bien es cierto que la Ley 167 de 1941 le atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa lo referente a las indemnizaciones a cargo de la administración por causa de trabajos públicos y, expresamente, el pago de las zonas ocupadas por tal motivo (artículos 33, ordinal 2º, y 52, ordinal 7º), dichos preceptos son inaplicables, porque se oponen a los principios que se deducen de los artículos 30 y 33 de la Carta Fundamental.

Comentando estos preceptos ha dicho la Sala que "la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público, sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que ésta sea la que decreta el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que, además, implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (INDEMNIZACION O PAGO DE ELLA), debe ser del conocimiento de la justicia común". (G. J. número 2100-2101, pág. 809). (Negocios Generales Enero 19 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)

235, 1ª

- 265 -

TRABAJOS PUBLICOS

Forzoso es reconocer que la justicia contencioso-administrativa, cuando falla, es también parte del poder jurisdiccional, y que en esa denominación se comprende toda entidad que sentencie definitivamente derechos en colisión, o sancionando delitos, por autoridad del legislador, pero cabe no olvidar que dentro del poder o rama jurisdiccional se han establecido categorías, encargada cada una de funciones diversas y que, cuando en la Constitución se emplean las expresiones "sentencia judicial" (artículo 30) y "orden judicial" (artículo 33), se entiende la justicia común u ordinaria. Eso se deduce de algunos preceptos como el 159, que habla de "los funcionarios del orden judicial" y de los de la "jurisdicción de lo contencioso-administrativo" como pertenecientes a entidades diferenciadas específicamente dentro de la rama jurisdiccional.

Por lo demás, si se aceptara la tesis contraria, ésto equivaldría en el fondo a que a los interesados se les permita escoger la jurisdicción que haya de juzgarlos, pues según los términos en que formulen sus peticiones, la acción será de competencia de la justicia ordinaria o de la justicia contencioso-administrativa. O sea, que si piden la declaración de dominio y el pago de la zona ocupada por razón de trabajos públicos, para el caso de que no se pueda decretar la reivindicación, el asunto será de la competencia de la justicia común; mientras que si se limitan a pedir únicamente el pago de la zona ocupada, también, por considerar que no es procedente la reivindicación, el proceso vendría a ser del conocimiento de la justicia contencioso-administrativa. (Negocios Generales. Enero 19 de 1952. T. LXXI. Nos. 2110-2111)236, 2ª y 237, 1ª y 2ª

- 266 -

TRABAJOS PUBLICOS

En la ocurrencia de la ocupación de una propiedad inmueble para destinarla a una obra pública ordenada por la ley y de interés general, no puede ordenarse que el particular, haciendo uso del derecho de opción que le confiere la ley civil pueda adquirir el edificio que en esa propiedad se haya construido, pagando su valor (artículo 739 del C. C.), pues es principio universalmente admitido que el interés privado debe ceder ante el interés general. (Negocios Generales. Marzo 28 de 1952. T. LXXI. N° 2112)627, 1ª

- 267 -

TRADICION (De la cosa vendida en materia comercial)

En la naturaleza y en los efectos de la compraventa comercial hay dos actos diversos: el del vendedor que se compromete a transferir la propiedad de la cosa y el del comprador que se obliga a adquirirla. Así perfeccionada la venta, el vendedor queda obligado a entregar al comprador la cosa vendida. ¿Pero dónde debe hacerse esta entrega; qué debe comprender y cuál la forma de su realización?

La entrega o tradición debe hacerse en el lugar convenido, y a falta de convención, en el que se encuentre la cosa en el momento de la venta. Esta es una regla universal, que restringe el derecho del comprador a impedir que el vendedor haga más difícil y dispendioso su recibo. Ella comprende la cosa vendida y sus accesorios, la integridad de los objetos que han sido materia del contrato, y el vendedor no cumpliría su obligación efectuando una entrega parcial, salvo aceptación del comprador. Debe hacerse a éste, o a quien lo represente como mandatario es-

pecial, o como dependiente encargado del recibo, o al cesionario o endosatario de sus derechos. En cualquiera de esos casos la entrega surte sus efectos legales, excepción hecha de cuando median observación o protesta legalmente admisibles.

En materia comercial, la entrega puede ser real o simbólica. La primera opera por la simple entrega material de la cosa vendida; la segunda, por la ejecución de actos por el vendedor que sitúan al comprador en condiciones de tomarla o disponer lícitamente de ella. El Código de Comercio ha precisado en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 239 los casos en que tiene lugar o se entiende verificada la entrega simbólica. El primero de ellos tiene que ver directamente con el caso de autos, dada la circunstancia de que la entrega de los efectos vendidos fué verificada por el vendedor al comprador, por medio de la transmisión de los documentos o títulos representativos de las mercaderías, consistentes en la carta de porte o factura, el conocimiento de embarque y otros complementarios de éstos.

De estos documentos, la factura en el sentido de la ley, es la "nota-relación" de las mercaderías que el vendedor expide al comprador expresando su cantidad, y que, por lo general, contiene: la fecha de la remesa; la cantidad, calidad, peso, número y medida de los efectos; el precio convenido o la forma de determinarlo; tiempo y lugar de pago y la firma del vendedor. Este escrito, puede decirse que no es el documento constitutivo del contrato, propiamente dicho, él presupone la existencia de éste, no es sino el arreglo de cuenta, que aceptado por el comprador, produce efectos probatorios en el juicio. La factura puede afirmarse que toma el contrato en la situación jurídica en que lo encuentra y le imprime una forma especial. De aquí, que cuando la tradición de los efectos no se ha verificado, la entrega no exis-

te, y la factura no puede operarla o significarla por sí misma.

Desde este aspecto, la factura no debía producir otros efectos legales que los de respaldar la acción del comprador para exigir la efectividad de la venta o el resarcimiento de los perjuicios. Sin embargo, nuestro Código de Comercio en el citado artículo 239 —numeral 1º— identificándola con la carta de porte, le otorga a su transmisión toda la trascendencia de una tradición o entrega virtual de los efectos relacionados en ella. En efecto, allí se habla en los preceptos que regulan el alcance jurídico del conocimiento de embarque y de la carta de porte o factura, como elementos que, además de constituir la prueba del contrato de transporte, importan títulos representativos de mercaderías en tránsito, susceptibles de endoso o cesión, y como que este acto implica legalmente la subrogación del endosatario o cesionario en las obligaciones y derechos del endosante, explicándose así los efectos que la ley le hace producir a la factura en aquel sentido.

Endosados o cedidos la carta de porte o factura, o el conocimiento y los documentos complementarios —por la entrega de los papeles constitutivos del título, endoso en blanco—, o extendidos directamente al comprador, el vendedor ha hecho en realidad la entrega o tradición de las mercaderías vendidas en cuanto la de los títulos importa o "crea la posibilidad física" de tomarlas materialmente y la de poder disponer de ellas, en forma lícita por el comprador. Pero, como éste puede protestar de esa entrega, por causas justificadas, la ley establece como condición necesaria para que el endoso o cesión produzca todos sus efectos, que aquél la haya consentido, tácitamente, cuando menos. Esto, porque el hecho principal de esa tradición no es la tenencia material de la cosa, según el pensamiento de la ley, sino "aquella posibili-

dad física" de tomarla y la facultad de poder disponer lícitamente de ella. De aquí, que donde esa posibilidad exista, cualquiera que sea el hecho o circunstancia de los especificados en el artículo 239 del C. de Comercio, que le dé nacimiento, está verificada la transmisión del derecho en favor del adquirente, porque los diversos actos de tradición simbólica allí indicados, producen la virtual entrega de la cosa vendida, poniéndola, por este medio, a disposición del comprador, y con tal que éste lo acepte expresa o tácitamente, como cuando hace uso de los títulos entregados o transferidos para los fines de recibirla.

Estos principios generales se encuentran recogidos en el Código de Comercio, como disposiciones positivas. (Casación Civil. Marzo 27 de 1952. T. LXXI. Número 2112) ..

508, 1ª y 2ª y 509, 1ª

— V —

- 268 -

VENTA (Responsabilidad del vendedor por vicios de la cosa)

Fuéra de la obligación de la entrega de la cosa vendida, tiene el vendedor el compromiso de garantizar al comprador la propiedad de ella, con las condiciones y calidades estipuladas, o las que correspondan a su naturaleza peculiar o propia, a falta de pacto al respecto. Estas obligaciones corresponden a las garantías por la evicción y por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida.

La primera de las garantías aludidas no tiene incidencia en el presente litigio, por tratarse de una reclamación sobre faltas en la cantidad estipulada, peso. No así la segunda, por haberla extendido la legislación comercial positiva a los defectos, o faltas en la cantidad o de calidad, que sin tener las características de los ocultos, se hallan comprendidos dentro de los extremos del artículo 251 del C. de Comercio.

7—Gaceta

Los defectos pueden ser de dos clases: aparentes, o sean susceptibles de ser descubiertos en el primer examen que de ellos se haga, y ocultos, que por lo general no se ponen de manifiesto en forma inmediata, en el primer examen, por cuanto suelen residir en la naturaleza íntima de la cosa, en su organismo o estructura. A veces se hallan en potencia y se revelan después de una más o menos prolongada actividad o uso del objeto, y, aún así, es necesario recurrir en muchos casos a los conocimientos técnicos.

Los Códigos Civil y de Comercio contemplan la clasificación que se dejó anotada, para los efectos de regular los derechos inherentes al comprador en cada caso, y los requisitos que deben concurrir para el ejercicio de los mismos, así como en el de las acciones conducentes para protegerlos.

Según el Código de Comercio, en principio el vendedor responde de los vicios aparentes que tienen los efectos vendidos, antes, durante y aún después de la adquisición, con posterioridad a su tradición efectiva al comprador, hasta tres días inmediatos a la entrega —artículo 251— y concede un plazo razonable para los ocultos, sin exceder de seis meses —artículo 246—. El Código fija esos términos atendiendo a los casos y circunstancias que se presentan, y sobre todo, a la de la rapidez que caracteriza a las operaciones comerciales. Así cuando el comprador no puede descubrir la falta de cantidad o el defecto de calidad en el momento de recibir la mercadería, por la imposibilidad de verificar su peso inmediatamente o de notar el defecto de calidad, podrá reclamar dentro de los tres días inmediatos al de la entrega, justificando en todo caso, los extremos indicados en el citado artículo 251.

El Código de Comercio no prevé sino los casos en que las mercaderías son entregadas bajo cubierta o fardos, o si entregadas libres de éstos, necesitan la verificación de su peso, medida, cantidad, etc., o sea de modo

que puedan examinarse inmediatamente, y el comprador debe, para poder accionar ulteriormente, reclamar esas faltas de cantidad, peso, medida, o mermas, también en forma inmediata dentro del término para tal objeto señalado.

La fijación de aquel término por la ley, en realidad no es una obligación perentoria para el comprador, pero si éste intenta las acciones que nacen del reclamo, con base en esos hechos, debe hacerlo dentro de ese término; en otra forma, corre el peligro o riesgo de una denegación, como consecuencia de la presunción que emerge o fluye del silencio observado —artículo 250 del C. de Comercio— y que determina la “preclusión” del derecho reclamado. Esto porque la ley supone que el comprador examina la mercadería con cierto detenimiento, y que si así no procediere, por descuido, negligencia, etc., sus efectos no son otros que los riesgos corren por su cuenta; o sea que se expone a que los defectos que señale fuéra del término reglamentario, sean estimados como no hechos o indicados, por expiración del plazo fijado para el reclamo de los vicios o faltas de cada género. El problema a resolver en estos casos se reduce en la práctica con la determinación del carácter del vicio o falta alegados; es una situación de hecho que queda comprendida dentro de las reglas generales fijadas por la ley para distinguir la variedad de casos que son de frecuente ocurrencia.

La garantía por los vicios ocultos o defectos de la cosa vendida, origina dos acciones

por parte del comprador: la que tiene por objeto la devolución de la cosa, y, consecuentemente, la restitución del precio pagado; y la denominada “*quantum minoris*”, y que se dirige a reclamar el resto de la cosa dejada de entregar, o a reclamar la parte de precio que vale menos esa cosa, por el vicio, tacha, defecto, o por falta de cantidad encontrada después de la entrega. (Casación Civil. Marzo 27 de 1952. T. LXXI. Nº 2112) . . 510 1ª y 2ª

- 269 -

VEREDICTO

El veredicto está constituido por los hechos a que se refiere el cuestionario y por las afirmaciones o negaciones que dé el jurado sobre ellos. Lo uno y lo otro forman un todo indivisible; y no es necesario que los jueces de conciencia, al dar su contestación, repitan cada uno de esos hechos contenidos en la pregunta, para aceptarlos o rechazarlos. Por consiguiente, la seca afirmación o negación que haga el jurado, comprende todas las cuestiones sobre las cuales se le interroga; y cuando al “sí” o al “no” de la respuesta agrega algunas circunstancias, ha de entenderse que éstas sólo modifican los hechos pertinentes del cuestionario. Así, por ejemplo, si se pregunta que N. N. dió muerte a X. X. con alevosía y sevicia, la negativa expresa que dé el jurado sobre esta última modalidad del delito, no descarta la existencia de la alevosía. (Casación Penal. Marzo 7 de 1952. T. LXXI. Nº 2112) 529, 2ª

T A B L A

DE DISPOSICIONES INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE
EN EL PRESENTE TOMO LXXI DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA: Las cifras que se hallan bajo la columna de "números" corresponden a los apartes de doctrina que componen este "Índice".

Artículos	Números	Artículos	Números
CONSTITUCION DE 1886		423	10
—	232	484	221
ACTO LEGISLATIVO n. 3 DE 1910		485	221
41	138	674	9
ENMIENDA DE 1945		677	9
—	138	678	9
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE		683	9
4	9	712	2
16	110	713	2
26	110; 140; 142	720, inciso 2º	2
30	9; 264; 265	724, inciso 1º	2
33	264; 265	726, regla 4ª	129
34	69	739	266
41	93	757	198
81	232	793, num. 3º	237
90	73	879 y sigts.	237
120, ord. 13	93	892 a 894	9
159	265	893	9
214	73; 117; 131	906	241
CODIGO CIVIL		938	242
7	232	946	213
63	78	950	213
63, incisos 3º y 4º	14	965	150
303	221	966	150
419	10	967	150
420	10	970	228
		971	212; 217
		1043	225
		1061	18
		1321	192
		1394	172
		1443	93 bis
		1462	93 bis.
		1496	201
		1497	227

Artículos

Números

1498
1503
1506
1546
1548
1594
1604
1605
1606
1610
1730
1731
1741
1743
1757
1759
1766
1769
1792, ord. 1º
1810
1873

227
18
100
5; 70; 201
65
173
14; 124
14
14
164
14
90
157
157
14
247
247
66
151
157
218

1929, inciso 2º

59

1946

227

1947

227

1997

14

2003

190

2005

14

2079

66; 250

2081

248; 251

2083

250

2109

248; 251

2124

13

2127

248; 251

2133

249

2144

13

2194

226

2287

222

2290

222

2291

222

2292

222

2641

251

2645

208

2652

208; 256

2652, ord. 10

251

2661

208

2662

208

2673

251

2675

209; 256

Libro 2º, Tft. XI.

235

Artículos

Números

CODIGO PENAL

1
12
25
28
31
33
38, num. 3º
92 y sigts.
145
179
432

140; 142
123
163
128
63
175
136
125
205
1
142

CODIGO DE COMERCIO

239
246
250
251
306
465
467
470
472

267
268
268
268
124
251
250
250
250

CODIGO JUDICIAL

40
76
76, ord. 1º
121
142
143
150
151
205
222
273
307
308
312
314
317
343
345
351
372
392
448
449

74
185; 264
74
233
55
55; 131; 233
55
55
81
81
95
153
153
152
152
152
49
258
258
257
76
158
161

Artículos	Números
449, ord. 1º	233
471	81
472	81
492	11
520, num. 1º	35; 39; 43; 44; 47; 48; 116
520, num. 2º	50; 116
520, num. 7º	54; 55
524	77
531	26; 44
593	22; 211
597	22
602	76
604	66
606	66
607	66
608	66
636	91
665	120
672	96
702	262
703	260
718	177; 179
722	178
723	178
730	127
731	126
732	126
734	235
782	155
783	155
863	241
865	241
866	241
872 a 876	237
872 y sgts.	236; 241
950 a 952	198
967	208
1008	145
1104	133
Tit. XIX, Cap. I	155
Tit. XXXVII	133
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
5	140; 142
7	161
24 y sgts.	125
25	125
28	123
29	123

Artículos	Números
42, num. 4º	57
55	56
58	17
58, inciso 2º	16
73, num. 4º	165; 166; 167
130	88
154	89
198, ord. 1º	161
198, ord. 8º	162
396	89
567, num. 2º	51
571	230
703	88

CODIGO PENAL DE 1890

169	140; 142
170	140; 142
—	140; 141; 142

LEYES ESPECIALES

Ley 41 de 29 de mayo de 1864

—	148
---	-----

Ley 57 de 1887

15	155
----	-----

Ley 153 de 1887

14	142
20	99
91	200; 247; 260
93	200

Ley 89 de 1890

—	151
---	-----

Ley 95 de 1890

1	257
9	240
—	99

Ley 169 de 1896

2	55
---	----

Artículos	Números
	Ley 113 de 1928
—	9
	Ley 37 de 1931
47	15
	Ley 58 de 1931
25	69
25, inciso 3°	87
	Ley 84 de 1931
121	143; 206
157	140; 142
173	163
—	141
	Ley 94 de 1931
9	149
	Ley 28 de 1932
1	252
7	252
	Ley 45 de 1936
22	222
—	105
	Ley 63 de 1936
34	92
	Ley 96 de 1936
—	75
	Ley 167 de 1941
33, ord. 2°	264
52, ord. 7°	264
67	185
68	185
86	121
254 y sgts.	15

Artículos	Números
	Ley 4ª de 1943
29	53; 130
	Ley 3ª de 1945
7, num. 1°, ord. a)	132
97	52
	Ley 66 de 1945
1	164
	Ley 87 de 1946
1	93; 98
6	93
	Ley 82 de 1948
—	52
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO	
100	94
DECRETOS	
	Decreto 1382 de 1940
39	15
	Decreto 1125 de 1950
458	52
	Decreto 3485 de 1950
—	114
	Decreto 1197 de 1951
1	52
2	52
Acuerdo de 24 de octubre de 1861	
32	148
	Resolución n. 162 de 1937
9	16

INDICE ALFABETICO

- A -

Abondano Jorge contra la Nación. — Juicio ordinario.—Incidente de excepciones dilatorias	233	llero.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato	124
Afanador Jiménez Basilio.—Casación por homicidio	819	Caro, Raquel Gómez v. de, y otros contra la Nación. — Juicio ordinario. — Solicitud de acumulación	256
Agudelo Luis E.—Casación por rebelión militar	824	Solicitud de reposición	258
Agudelo José Miguel contra Juan Agudelo.—Juicio ordinario	491	Casalins Domingo contra "Sabas y Enrique Figueroa G., Limitada". — Juicio ordinario sobre perjuicios	404
Amézquita Ernesto y otros contra Jesús M ^a Plaza. — Juicio ordinario sobre reivindicación	345	Castillo Jiménez Enrique contra el Departamento de Bolívar.—Juicio ejecutivo	293
Andrade Juan Ignacio y otras contra Carlos Leonidas Andrade y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento	381	Caviedes Héctor—Casación por rebelión militar	813
Augueira Oswaldo. — Casación por rebelión militar	833	Cázares Sabas contra "Ingenio Central del Tolima, S. A.".—Juicio especial sobre servidumbres.—Inadmisibilidad del recurso de casación	695
Aparicio Fernando contra Alfonso Garrido T. y otra.—Juicio ordinario sobre perjuicios	768	Reposición del auto anterior	702

- B -

Barberi Zamorano Carlos.—Casación por rebelión militar	828	Céspedes Mena Cecilia contra el Departamento del Atlántico. — Juicio ordinario sobre perjuicios.—Objeciones a un dictamen pericial e incidente de nulidad	629
Barona Antonio José y otra contra la Nación. Juicio ordinario sobre restitución de un terreno	270	Clavijo Pablo E.—Casación por rebelión militar	833
Britton Timoty contra la Nación.—Juicio ordinario	277	"Compañía Constructora Limitada" contra el Departamento de Caldas. — Juicio ordinario sobre entrega de unas mercancías ...	839

- C -

Caballero Aristides contra Antonio J. Caba-		Correal Alfredo contra José M ^a Sarmiento. Juicio ordinario	116
---	--	--	-----

Cuervo Rafael. — Impedimento para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Neiva, de un proceso contra Francisco Liscano Sánchez 532

- C H -

Chois Giraldo Dídimo y otros contra José Neira. — Juicio ordinario sobre disolución de una sociedad 764

-, D -

Delgado Nicolás contra Marco L. o Marco Moreno O. — Juicio ordinario sobre resolución de un contrato 737

Diego Manuel R. contra el Departamento del Chocó.—Se niega la personería del Dr. Arturo Ferrer F. 837

Dorada Railway (Ropeway Extensión) Limited (The) contra la Nación y el Municipio de Manizales.—Juicio ordinario.—Incidente de excepciones dilatorias 226

- E -

Echeverri M. Eduardo contra Valentina Peálaz de Vélez.—Juicio ordinario sobre negación de servidumbre. 33

Echeverría Héctor. — Casación por rebelión militar 833

Escandón José Rafael. — Casación por rebelión militar 787

Esparza G. Augusto.—Impedimento para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Pasto, de un proceso contra Adán López y otros, por homicidio 811

- F -

Figuroa Paz José. — Casación por rebelión militar 824

Fontalvo Jesús María. — Impedimento para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, de un proceso con-

tra José Manuel Pineda y otros 196
Forero Ardila Daniel contra Emma Carlina Pinzón de Forero.—Juicio ordinario sobre filiación natural. — Inadmisibilidad del recurso de casación 95

Fressen Luis E.—Casación por rebelión militar 828

Fuentes L. Armando contra la Nación.—Juicio ordinario 231

- G -

Gaviria Ana Tulia contra Daniel Uribe del Valle y otros.—Juicio ordinario sobre filiación natural 97

Gil Diógenes. — Casación por rebelión militar 824

Giraldo José.—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él 566

Gómez Herlinda contra Gregorio Lucumí.—Juicio ordinario sobre pertenencia de unas mejoras 758

Gómez Jurado Luis.—Casación por rebelión militar 801

Gómez Quintín Gustavo.—Casación por rebelión militar 212

González Antonio M. contra Raúl Benítez V. y otro. — Juicio ordinario sobre perjurios 481

González Enrique contra José Francisco de la Hoz y otros.—Juicio ordinario sobre reivindicación 78

Guzmán José J.—Casación por rebelión militar 204

- H -

Henao Mejía Luisa Angel de, contra Pardo Tobar & Cía.—Juicio ordinario sobre perjuicios 108

Hernández Lucas contra Estanislao Blanco y

otros. — Juicio ordinario sobre reivindicación	90	de enfermería. — Acusada como inexecutable	645
Herrera de la Torre Evaristo.—Incidente de liquidación de perjuicios	252	Ley 9ª de 1951, por la cual se crea el Departamento de Córdoba—Acusada como inexecutable	654
Hincapié, Obdulio de, contra Francisco Díaz. Juicio ordinario sobre reivindicación	84	Lizarazo Francisco. — Casación por rebelión militar	813
Hincapié, Obdulio Román de, contra Moisés Brito Arias. — Juicio ordinario sobre reivindicación	458	Londoño M. Hipólito contra Federido Vázquez Uribe y otros.—Juicio ordinario sobre el uso de un nombre comercial	462
Hoyos Jesús Antonio.—Se deplora su fallecimiento	7	López Pumarejo Eduardo contra el Banco Central Hipotecario. — Juicio ordinario sobre perjuicios	388
Hoyos Juan Bautista contra Luis Felipe Medina	455	López Espitia Rosendo contra Ana Gil de Bernal y otro.—Juicio ordinario	420
Hurtado Manuel José. — Causa contra él por abuso de autoridad, y sobreseimiento en su favor por otros cargos	178	López L. Tulia y Carmen contra la Nación y contra el Departamento de Antioquia.—Juicio ordinario.— Incidente de excepciones..	299
- II -		López Gómez Vicente contra el Departamento del Valle juicio ordinario sobre reivindicación	295
Ibañez Alirio.—Casación por rebelión	828	Lozano y Lozano Carlos.—Se deplora su fallecimiento	7
- L -		- M -	
Landázuri Melquisedec.—Casación por homicidio y lesiones personales	527	Mafla Ch. Miguel contra el Pbro. Manuel Antonio Hormaza. — Juicio ordinario.—Recurso de hecho	69
Lara Santos Luis Alberto.—Casación por rebelión militar	787	Magistrados de lo Contencioso-Administrativo.—Demanda de nulidad de su elección ...	2
Lasso V. Esperanza contra la Nación.—Recurso de hecho	238	Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla—Queja contra ellos por irregularidades en la tramitación y decisión de un negocio	651
Leiva Suárez Hernando.—Casación por rebelión militar	801	Marín Flórez Moisés.—Cesación del procedimiento contra él por abuso de autoridad ...	524
Lesmes Rojas Efraim.—Casación por rebelión militar	828	Márquez Eurípides. — Casación por rebelión militar	212
Ley 58 de 1931, sobre sociedades anónimas.— Acusada como inexecutable en el inciso 3º del artículo 25	311		
Ley 87 de 1946 (arts. 1º y 6º), sobre escuelas			

Martínez Jerónimo y otros contra Vicente Llinás y otros.—Juicio ordinario	173	Nájera Lucas A. contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pertenencia de unos terrenos y de unos yacimientos petrolíferos	843
Martínez Landínez Jorge contra la Nación.—Juicio ordinario	261	Naranjo Clímaco contra Antonio Cerón.—Juicio ordinario sobre reivindicación	45
Martínez Nicodemus.—Casación por homicidio (tentativa)	536	Neira Borda César contra María del Carmen Saccone.—Juicio ordinario sobre reivindicación y sobre separación de bienes	351
Martínez Tránsito y otro contra Josué Trino y Manuel J. Matiz. — Juicio ordinario sobre simulación de un contrato	317	Nieto Isabel Malo de, y otra contra la Nación. Juicio ordinario. — Incidente de excepciones dilatorias	289
Medina, María Francisca Rivas de, contra Modesto Vergara y otros.—Juicio ordinario sobre reivindicación	327		
Mejía Gerardo.—Casación por homicidio	780		
Mejía R. Marco contra la Nación.—Juicio ordinario sobre perjuicios	632	Onan, D. W. Onan & Sons contra Francesconi Hermanos.—Juicio ordinario sobre reivindicación	377
Mejía Mariano y otros.—Oposiciones a la propuesta n. 174, hecha por la Compañía de Petróleos "Las Cumbres de Colombia"	606	Ordóñez Germán Alfredo.—Cambio de radicación de un proceso contra él por peculado y falsedad	188
Mejía Pedro y Campo Elías y otro contra el Municipio de Socotá.—Juicio ordinario sobre petición de herencia	704	Ortega Bernal Carlos. — Casación por rebelión militar	787
Montes Rafael A. contra José Ignacio Montes Duque.—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento	165	Ortíz Quintanilla Francisco contra Remigio Navarro S.—Juicio sobre pago de unas mercancías	772
Montoya Dolores contra Ciro Cañón y otro.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato	430	Ortíz Márquez Julio—Casación—Solicitud de desembargo de bienes	793
Mosquera Mario Tomás contra la "Empresa Municipal de Energía Eléctrica, S. A."—Juicio sobre negación de una servidumbre..	512	Ortíz María Tulia. — Objeciones a la partición en la sucesión de Tiburcio Aurelio Ortíz	8
Muñoz O. Miguel.—Cesación del procedimiento contra él por concusión	194	Ospina Alejandro y otros contra la Comunidad o Congregación de los Padres Lazaristas.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de renta vitalicia	40

- N -

- P -

Nación (La) contra la Richmond Petroleum Company of Colombia. — Juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos	568	Pacheco Benítez Gilberto. — Extradición de este ciudadano ecuatoriano	533
		Parcialidad de Indígenas de Puracé contra la	

Nación y otra.—Juicio ordinario sobre reivindicación	596	Riaño Serafín contra Marcelino Téllez y otra. Juicio ordinario sobre reivindicación	416
Pedraza Ezequiel y Arturo Corradine contra el Banco de la República.—Juicio ordinario sobre perjuicios	742	Rincón Parra Rafael.—Casación por homicidio	809
Peláez, Julia Restrepo de, y otros contra José Miguel Ocampo y otros.—Juicio ordinario sobre resolución de una compraventa	19	Roa Ignacio contra el Pbro. Dionisio García. Juicio ordinario sobre inexistencia de un contrato de sociedad colectiva civil	71
Pérez Joaquín E. contra Antonio J. Trujillo. Juicio sobre rendición de cuentas y otros objetos	62	Rodas Roberto contra el Municipio de Manizales.—Juicio ordinario sobre perjuicios ..	322
Perilla V. Jesús.—Texto de la resolución aprobada con ocasión de su muerte	653	Rodríguez Antonio María y otra contra la Nación.—Incidente de liquidación de perjuicios	246
Pico Marco A. contra Manuel Neira M.—Juicio ordinario sobre que el demandado está en mora de cumplir un contrato de compraventa	502	Rodríguez Antonio María y otra contra la Nación.—Solicitud de reposición del auto anterior	250
Pipicano Juan Fabián y Eusebio Correa.—Casación por lesiones personales	184	Rubiano Carlos Julio contra Blanca Cuberos de González.—Juicio ordinario sobre reivindicación	441
Prieto Reyes Marco Vinicio.—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él por abuso de autoridad, violación de domicilio y lesiones personales, como Teniente 2º de la Policía Nacional	202	Rueda Gómez Rito contra la Nación.—Juicio ordinario sobre perjuicios	243
Pulido R. Marceliano.—Texto de la resolución aprobada con ocasión de su fallecimiento ..	7	Ruiz Miguel A. Contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos	634
- Q -		- S -	
Quimbayo, Dora Soler de, contra Gertrudis Soler de Morales.—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato	369	Salazar de la Pava Bernardo.—Cambio de radiación de un proceso contra él por homicidio	190
Quintana Evangelista contra el Municipio de Cali.—Juicio ordinario sobre perjuicios ...	129	Salazar Jorge.—Impedimento para actuar como Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla, en un proceso contra Pedro Consuegra	550
- R -		Salazar José Vicente contra José Mª Andrade y otros.—Juicio ordinario sobre simulación	133
Ramírez, Rosario Zafra de, contra Jaime Gil. Juicio ordinario	715	Salvamento de voto del Magistrado Dr. Gerardo Arias Mejía a la sentencia de la Sala Plena que decidió de la inexequibilidad de la Ley 9ª de 1951	685
Reyes Tulio contra Luis Felipe Campo.—Juicio ordinario sobre perjuicios	336		

Salvamento de voto de los Magistrados Holguín Lloreda, Castillo Pineda, Gómez Prada, Robles y Vargas, a la misma sentencia .. 687

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Pablo Emilio Manotas a la misma sentencia 693

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Gualberto Rodríguez Peña, al auto de la Sala de Casación Civil que declaró inadmisibile el recurso en el juicio de Sabas Cázares contra "Ingenio Central del Tolima, S. A." 701

Samper Augusto N. — Se deplora su fallecimiento 1

Sanabria Barajas Aristides.—Recurso de revisión por homicidio 223

Sánchez Emilio J. contra la Nación.—Juicio ordinario sobre reivindicación 622

Sánchez Teodoro contra Isaías Camacho—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato de promesa 408

Sarmiento Juan A.—Casación por delitos contra la seguridad interior del Estado 552

Serna R. Eleuterio.—Texto de la resolución aprobada con ocasión de su nombramiento para Minisro de Minas y Petróleos 653

Serrano Juan B. — Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de detención arbitraria 546

- T -

Tejada Zoilo.—Proceso contra él por homicidio. — Solicitud de réstitución de términos 799

- U -

Umaña Lara Andrés contra Elisa Rojas de Umaña. — Juicio ordinario sobre que un

contrato de compraventa celebrado por la demandada lo fué en calidad de representante del actor 54

Unigarro Desiderio.—Recurso de revisión por falsedad y estafa 198

- V -

Valencia Ernestina contra Vicente Arbeláez. Juicio ordinario sobre rescisión de un contrato, por lesión enorme 447

Vargas Flavio. — Casación por rebelión militar 828

Vargas, Julia Durán vda. de.—Texto de la resolución aprobada con ocasión de su fallecimiento 653

Vega (De la) José Gabriel.—Texto de la resolución aprobada con ocasión de su nombramiento para Ministro de Justicia 653

Velasco Tito. — Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio 183

Vélez Lalinde Hernán contra Luisa Sánchez de Pérez. — Juicio ordinario sobre perjuicios 397

Vélez Lucila contra Manuel Salvador Toro— Juicio ordinario sobre liquidación de una sociedad de hecho entre concubinos 412

Vélez Pérez Tulia contra Soledad Vélez de Vallejo y otro.—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato 467

Velosa Peña Ernesto.—Casación por rebelión militar 212

Vengoechea Julio A.—Impedimento para intervenir, como Fiscal 1º del Tribunal Superior de Barranquilla, en un proceso contra Carlos A. Zambrano y otros 181

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.